

Carlos Garriga

GOBIERNO Y JUSTICIA: EL *GOBIERNO DE LA JUSTICIA*[*]

SUMARIO: I. CUESTIONES PRELIMINARES. II. *PRINCEPS IMAGO REIPUBLICAE*: OFICIOS Y APARATO, CORPORACIONES Y ESTADOS, GOBIERNO Y ADMINISTRACIONES. III. LA JUSTICIA Y EL GOBIERNO: *LO GUBERNATIVO* Y *LO CONTENCIOSO*. IV. LOS DISPOSITIVOS JURISDICCIONALES: *AGRAVIO* Y *QUERELLA*. 1. El *princeps* como *fons totius iurisdictionis*: formación bajomedieval y desarrollos modernos. 2. *Simple querella* y provisiones ordinarias. 3. La apelación extrajudicial. 4. Sobre el juicio de residencia, la visita y la pesquisa. V. DINÁMICA ESTATAL Y *ADMINISTRATIVIZACIÓN* DE LA MONARQUÍA: POSIBILIDADES Y LÍMITES.– ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA.

I. CUESTIONES PRELIMINARES.

Soy de los que opinan que la jurisdicción contencioso–administrativa no podía siquiera concebirse en el universo jurídico político anti–estatal que identificamos con la expresión *antiguo régimen*, porque faltaban entonces las categorías que permitieran pensar que "juger l'Administration, c'est encore administrer", por [48] utilizar la archifamosa frase que vino a quintaesenciar aquel extraño *mélange* que terminó de componerse en la Francia del año VIII. Y tan creo que esto es así que dedico los compases preliminares a explicar que este capítulo está dedicado al equivalente *jurisdiccionalista* –porque de alguna manera hay que llamarlo– de la muy *estatalista* jurisdicción contencioso–administrativa, para *no* sugerir en el lector la idea de que indaga sus orígenes o al menos en los precedentes de esta "jurisdicción", que son por decirlo así las versiones *fuerte* y *débil* de una historiografía continuista que parece haber renunciado a la historia en beneficio de la herencia, por las razones y con los efectos que Luca Mannori ha explicado muy bien. Asumiendo su punto de vista, creo también por mi parte que lo contencioso–administrativo es una criatura literalmente inconcebible en el marco de la cultura jurisdiccional definitoria de l'*ancien régime,* porque tiene como progenitores a la Justicia y a la Administración alumbradas por la Revolución y perfeccionadas por Napoleón, que vinieron a romper con la cultura jurisdiccional ininterrumpidamente desarrollada desde los albores del *ius commune* y concretada por la tradición en un conjunto de dispositivos institucionales más o menos peculiares y propios de cada espacio político autosuficiente (esto es, corporativamente integrado bajo la potestad suprema del *princeps*), para garantizar los derechos adquiridos o radicados (*iura quaesita*, *radicata*) en el orden jurídico.

Sobre la base de la cultura jurisdiccional, aquí interesa seguir los desarrollos que tuvieron lugar en el marco de la Monarquía católica, muy complejamente estructurada porque estaba compuesta por los distintos reinos de gestación medieval que se agregaron para formarla y nunca antes de 1810, ni siquiera cuando en las décadas precedentes fue más intensa la fuerza centrípeta desencadenada por la dinámica estatal borbónica, llegaron a disolverse en una unidad superior, la Nación española. Si el lector

---

[*] Original publicado en Marta Lorente (dir.), *La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes* (pp. 47-113). Madrid: Consejo General del Poder Judicial. Para la presente ocasión, que agradezco vivamente a Alejandro Agüero, se han corregido erratas, alguna que otra expresión y detalles de estilo, completado los datos editoriales de las obras citadas que se habían omitido en la versión original y actualizado un par de referencias que por distintos motivos así lo requerían. Los números entre corchetes ([ ]) corresponden a la paginación original.

o lectora está pensando que a lo largo de los cinco siglos que componen el antiguo régimen hubo de haber –en esto como en todo– muchos cambios, acierta plenamente, claro que sí: pero ninguno fue tan profundo como para alterar en su raíz el esquema institucional consustancial al orden jurídico político de la Monarquía. [49]

Es claro que éste no fue nunca ni mucho menos estático, pero sí que era *tradicional,* porque cambiaba permaneciendo y mantuvo siempre sus características definitorias y más sustanciales, que pueden encerrarse ahora en tres diremas: concepción jurisdiccional, composición pluralista y configuración jurisprudencial, para expresar respectivamente (i) la consideración del derecho como un orden declarativo a partir de principios religiosamente indisponibles, (ii) casuísticamente concretados por la tradición forjada en cada espacio de convivencia políticamente organizada en distintos –pero igualmente válidos– conjuntos normativos, (iii) que sólo los *iurisprudentes* tenían –en su doble condición de tratadistas y de jueces o magistrados– el saber preciso para conciliar en cada *caso* hasta hallar la solución justa, o sea, ajustada a derecho. Con estas características básicas, el jurídico se presenta como un orden natural objetivado en la constitución tradicional del espacio político, que se concretaba –y esto es decisivo para el argumento del capítulo– en un conjunto de derechos subjetivos –entiéndase, simplemente, predicados de los sujetos (entonces nunca individuales) y por jerárquicos y desiguales que fueran (en correspondencia a la pluralidad de *estados* o posiciones sociales jurídicamente relevantes)–, garantizados mediante los procedimientos judiciales forjados *ad hoc* por la tradición, que básicamente declinaban bajo distintas formas –como veremos más adelante– el binomio *agravio–querella* y configuraban un modelo *judicial* de gobierno. Bien puede decirse, como se ha dicho, que el derecho cumplía entonces una "función constitucional", porque se imponía a todo poder político, cuya legitimación y finalidad consistía precisamente en el mantenimiento del orden constituido (Hespanha, 1989: 391-414). De ahí que todo acto de poder tuviera entonces carácter declarativo, es decir, apareciera como la declaración de un orden dado y "asumido como existente" que se trataba de garantizar y del cual dimanaba su fuerza de obligar (Mannori, 2001: 37).

En un orden así entendido está la clave sustantiva, que aquí se da por supuesta para atender, en cambio, a los dispositivos que efectivamente lo configuraban como un intrincado compuesto de "derechos judicialmente garantizados" (Clavero). También acierta quien en este momento esté pensando que la Monarquía católica no tenía –claro que no– *un* orden jurídico, sino tantos como [50] cuerpos políticos perfectos vivían separadamente bajo el poder de un mismo rey, que se desdoblaba en otras tantas personas de *princeps* para encabezarlos: de ahí que, sin perjuicio de las referencias que puedan hacerse a otros territorios, este capítulo esté centrado en la Corona de Castilla (con su prolongación americana) y puede servir para ilustrar que la configuración *garantista* esbozada arriba era de tal modo congenial al antiguo régimen que, incluso allí donde –como aquí– la deriva absolutista fue más pronunciada, nunca llegaron a levantarse los procedimientos forjados en el conflictivo período medieval para tutelar jurisdiccionalmente los derechos corporativos y estamentales radicados en el orden, que a fin de cuentas son los definitorios del "constitucionalismo antiguo".

En este como en todos los casos la secuencia cronológica obliga a considerar la fundación medieval y el desarrollo moderno de una *monarquía jurisdiccional* que en sus últimas décadas experimentó un creciente proceso de *administrativización*, entendido como el giro, a menudo titubeante y siempre conflictivo, que llevó –o al menos intentó llevar– hasta sus últimas consecuencias las posibilidades más

excepcionalistas (o menos garantistas) de gobierno que admitía la constitución tradicional del territorio.

Se buscará inútilmente a lo ancho de este espacio y a lo largo de esos cinco siglos el nombre "jurisdicción contencioso–administrativa", sencillamente porque no existía ninguna cosa que con él pudiera designarse. Ni que decir tiene, porque está muy bien dicho en el capítulo anterior, que cada una de estas tres palabras –jurisdicción, contencioso y administrativo– tenía entonces su propio significado, pero sí conviene añadir que a partir del mismo la mixtura entre lo contencioso y lo administrativo, definitoria de una jurisdicción construida para conocer de ciertos asuntos que se califican como lo uno y como lo otro al mismo tiempo, simplemente carecía de sentido. Soy consciente de que predicar esto de un mundo que muy a menudo se presenta historiográficamente dominado por una suerte de principio de confusión de poderes e indistinción de funciones puede sonar extraño, así que me explico.

Puestos a señalar con la brevedad (y el riesgo) de una sola frase la distancia que media entre uno y otro mundos, yo diría que [51] la jurisdicción contencioso–administrativa se basa en la tajante separación (*maxime* orgánica) entre la justicia y la administración, mientras que en el antiguo régimen la revisión judicial (o sea, conforme a derecho) de la actividad gubernativa (o sea, extrajudicial) partía de (y se resolvía en) la entitativa imposibilidad de *separar* la justicia y el gobierno, lo contencioso y lo gubernativo, lo judicial y lo extrajudicial. He elegido el verbo con cuidado: por supuesto que lo judicial y lo gubernativo eran cosas distintas (o por mejor decir, distinguibles), pero al mismo tiempo inseparables, porque nunca llegó a ser posible enuclear "el *gobierno*" de "la *justicia*". Rectamente entendida, la recurrente expresión "*gobierno de la justicia*" sirve por ello mejor que cualquier otra para designar el modelo judicial de gobierno resultante de estas concepciones: un modelo de gobierno *mediante* la justicia. Los apartados que siguen están dedicados a explicar paso a paso esta proposición.

Para ello será preciso (II) empezar por recordar muy brevemente que no existía ni podía existir entonces la *Administración* (con la mayúscula indicativa de un aparato unitario y jerarquizado), por mucho que contra la regla general que (dejando aparte la familia) presentaba orgánicamente unidas la potestad jurisdiccional y la potestad económica hubiera instancias de poder que por carecer de aquélla y estar dotada tan sólo de ésta podríamos calificar conforme a los criterios de aquel orden como meramente administrativas o gubernativas. Precisamente por y para esto era entonces imprescindible (III) distinguir, y de forma más o menos resuelta ciertamente se distinguía, entre las *cosas de justicia* y las *cosas de gobierno*, movilizadas por sus respectivos procedimientos (el *proceso* y la *vía de gobierno* o *expediente*), que se concretaban en otros tantos actos, los *actos de justicia* y los *actos de gobierno*, dotados de naturaleza y efectos muy diferentes. Tanto que lo que desde luego no cabía en aquel orden es que una cosa, un procedimiento o un acto pudieran ser *al mismo tiempo* –insisto, porque ésta es la clave: *simultáneamente*– de justicia y de gobierno, contencioso y gubernativo, judicial y extrajudicial, porque estos tres pares de nombres participaban de otras tantas naturalezas no sólo distintas, sino también mutuamente excluyentes: "Contraria enim sunt, & sibi invicem repugnantia judicialia, & extrajudicialia, que[52]madmodum sibi ipsis forent contrarii testes, si alius diceret: Petrum hoc fecisse in domo; alter vero extra domum fecisse affirmet"[1]. O judicial o extrajudicial, *tertium non datur*, en el entendido de que, tan distintos como eran, resultaban sin embargo

[1] Francisco SALGADO DE SOMOZA, *Tractatus de regia protectione vi oppressorum appellantium à Causis et Judicibus Ecclesiasticis* […] [1626], Lugduni, Fratrum de Tournes, 1759, pte. II, cap. XIII, § 41 (p. 275).

inseparables, porque en todo momento lo gubernativo podía pasar a ser contencioso e *ipso facto* dejaba de ser gubernativo. "Pasar a ser" una cosa era "dejar de ser" otra, en un giro que impedía cualquier posible separación entre ambos. El factor desencadenante de esta mutación era (IV) el *agravio*, que actuaba como fundamento de la *querella* y podía discurrir a través de distintas vías, que eran resultado de los aludidos dispositivos institucionales forjados en la edad media y desarrollados en la moderna para someter el gobierno a la justicia, es decir, para revisar judicialmente los actos de gobierno que lesionaran derechos adquiridos, de forma tan congenial al orden jurídico político *d'ancien régime* que (V) no pudieron ser subvertidos ni tan siquiera por la dinámica estatal desencadenada por el llamado "reformismo borbónico" y fueron finalmente reformulados por el constitucionalismo doceañista.

II. *PRINCEPS IMAGO REIPUBLICAE*: OFICIOS Y APARATO, CORPORACIONES Y ESTADOS, GOBIERNO Y ADMINISTRACIONES.

Princeps imago reipublicae, decían los juristas para significar "quod olim poterat respublica, potest hodie princeps tanquam caput reipublicae"[2]. De entre todas las figuraciones ideadas por la jurisprudencia para caracterizar al rey, tengo predilección por ésta que evoca la dualidad *princeps–respublica* de una forma que creo muy [53] ajustada a la realidad histórica: destaca, ante todo, el carácter incuestionablemente supremo del primero, pero en su condición de cabeza de la segunda y por ende en el marco –y con las limitaciones propias– de una representación corporativa del orden social y político; sugiere además que el *princeps* concentra idealmente el poder, pero como fruto de un acto –o proceso– de transferencia de la *respublica* y por tanto como resultado de la historia; legitima, por último, la capacidad de intervención del primero en la segunda, pero sin por ello predeterminar su alcance.

Como *caput reipublicae* el *princeps* ocupaba ante todo la posición de juez supremo, *prima facie* definida por su capacidad de juzgar a todos y no ser juzgado por nadie al interior del espacio político, pero desde la baja edad media y paso a paso se le reconocían además ciertas facultades exclusivas o no compartidas por ningún otro sujeto político y de ejercicio rigurosamente personal, que para lo que aquí importa se concretaban en la posibilidad de modificar el derecho y por tanto también la posición jurídica de los sujetos radicada en el mismo mediante actos de voluntad imperativa. Esto en modo alguno significaba que el *princeps* tuviera una posición ordinariamente supraordenada que le permitiese disponer arbitrariamente de los derechos, porque su potestad extraordinaria se justificaba precisamente en las exigencias que la mejor conservación de la *respublica* imponían en ciertas circunstancias (invocadas con diversos tópicos: *utilitas pública, necessitas*, justa causa...); pero sí situaba los actos del príncipe en un plano distinto al que ocupaban todos los restantes actos de poder, planteando una problemática específica (Gorla, 1982) que dejo aquí de lado.

Frente al *princeps*, todo el aparato instituido para el gobierno y la justicia estaba sometido a derecho, como expresaba el nombre genérico que recibían sus componentes: *oficiales*, es decir, titulares de un oficio, concebido como un conjunto de facultades vinculadas al cumplimiento de ciertos deberes, las facultades y los deberes propias o definitorios de cada *oficio*, a menudo jurídicamente caracterizados mediante las analogías establecidas por la jurisprudencia con las antiguas magistraturas romanas. El

[2] Pedro NÚÑEZ DE AVENDAÑO, *De exeqvendis mandatis regum Hispaniae. Qvae rectoribus ciuitatum dantur, Primae et secunda pars* [...] [1543], Salamanca, Alexandrum à Canoua, 1573, cap. I, §§ 1-5: «Et sicut olim respublica eligebat ad officia & dignitates, sic hodie princeps eligit, qui est fons dignitatum & iurisdictionum» (ff. 1r-2r).

nombre del oficio tenía una carga normativa que, sin necesidad de exhaus[54]tivas reglamentaciones y en el marco de una argumentación tópica, determinaba las posibilidades y los límites de sus titulares, marcados en todo caso por los derechos radicados en el orden, que únicamente podían verse alterados por los procedimientos y con las garantías establecidas, procedimientos y garantías que sólo estaban al alcance de un tipo particular de oficiales, los jueces. Puestos a buscar un principio que inspirase entonces la construcción y explique hoy el funcionamiento de aquel aparato institucional bien podemos decir que, *en línea de principio,* nadie podía ser obligado a hacer o soportar algo contra su voluntad si previamente no se le concedía la posibilidad de defender su derecho judicialmente, con la inevitable y (a los efectos institucionales que aquí importan) decisiva consecuencia de que no fuera concebible un poder de mando sin jurisdicción (en los precisos términos de Mannori, 2007: 133-134).

Cualquiera puede imaginar fácilmente que aquel aparato de configuración tradicional (y por ende acumulativa) albergaba una extraordinaria variedad de oficios, designados con una pluralidad aún mayor de nombres propios, tantos y tan distintos que apenas es posible reducirlos a un esquema ordenado y coherente. Aunque no muy numerosos hasta el siglo XVIII, nunca faltaron intentos de clasificación global, que también la historiografía ha ensayado con más o menos fortuna. Poco nos importan aquí y ahora, porque aquí y ahora la única clasificación relevante es la que separa los oficios de juez (o jurisdiccionales, por dotados de jurisdicción) de todos los restantes. Frente a éstos, cada juez o magistrado es titular de un *officium habens exercitium et administrationem iurisdictionis*, que le facultaba para declarar imperativamente el derecho e imponer coactivamente sus decisiones. Fueran cuales fuesen (y ya digo que eran muy numerosos), todos los restantes oficiales, y particularmente aquellos que se ocupaban de gobernar, carecían de facultades exorbitantes y en consecuencia no tenían poder para imponer unilateralmente sus actos o decisiones. Quien carece de jurisdicción no tiene poder de mando, y de aquí que los magistrados fueran un elemento decisivo para la gestión de los asuntos comunes en que consiste el gobierno, cualquiera que fuese el ámbito corporativo y/o territorial donde se desempeñase. [55]

Esta configuración, como el juego de las categorías justicia–gobierno que en buena medida sirve para explicarla y que veremos después, era congenial al orden y por tanto indisponible, determinando la morfología de cualquier aparato instituido para el gobierno y la justicia, que era primero que nada sumamente plural. Como *caput reipublicae*, el rey era proclamado *fons dignitatum et iurisdictionum*, pero esto en modo alguno significa que concentrara en sus manos la jurisdicción y designase a cada uno de los oficiales. Producto de una compleja formación histórica, no había sido planeado ni menos construido desde ningún centro, sino que –bien al contrario– era resultado de integrar diferentes instancias de poder bajo el *princeps*, cuya capacidad de intervención en el espacio político era por esto muy desigual y en todo caso limitada. El aparato era en realidad un conjunto de aparatos deficientemente articulados, que obedecía a tres exigencias principales: (i) autoadministración corporativa, (ii) fragmentación institucional y pluralismo jurisdiccional, y (iii) especialización jurisdiccional.

(i) Cada centro de convivencia organizada venía conformado corporativamente y estaba capacitado para autogobernarse, es decir, para gestionar su patrimonio y velar por el bienestar de sus miembros. Operaba aquí la imagen de la familia como corporación nuclear, a cuyo frente el padre era en aquel orden la única instancia dotada de poder –la *potestas oeconomica*– directamente por la naturaleza. Como aquélla, cada cuerpo tenía su cabeza, que era la que representaba al conjunto *identitariamente* (o sea, de manera natural y necesaria, como parte que era del todo, fuera cual fuese su método de

designación, que dependía en cada caso de la tradición) y en este concepto estaba dotada de la potestad *económica* necesaria para tutelarlo, es decir, para adoptar las decisiones relativas al bien del conjunto (autotutela corporativa). Ahora bien, cualquier acto que con este fin afectase a derechos adquiridos implicaba el ejercicio de jurisdicción y debía contar con la participación de (y ser copulativamente adoptado con) un juez, que además era el único facultado para imponer coactivamente las decisiones gubernativas en la medida que fuesen jurídicamente protestadas. Por eso los magistrados eran imprescindi[56]bles y se integraban de uno u otro modo en el aparato de gobierno de cada corporación. Tomando como modelo el gobierno de la casa, así se organizaba el gobierno de la república cualquiera que fuese su radio: desde la ciudad (una *casa grande*) hasta el reino, una república de repúblicas cuyo gobierno era propio del *estado real*.

(ii) Si buscamos un principio de legitimación, todos los magistrados dependían directa o indirectamente del rey, que con distintos argumentos era indiscutiblemente reconocido como la única fuente de la jurisdicción en el reino, pero esto en modo alguno significa que actuase efectivamente la jurisdicción que dogmáticamente concentraba, sino que –bien al contrario– llevaba a considerar tácitamente consentida toda la potestad jurisdiccional ejercida por otros sujetos políticos sin título expreso ni contestación real. Para comprobar hasta qué punto era pluralista, basta considerar brevemente la configuración institucional de la jurisdicción ordinaria, que se define como aquélla concedida para conocer de la universalidad de causas de un territorio.

Por un lado, aunque el rey tenía *por principio* la facultad de nombrar a todos los jueces del territorio directamente dependiente de su potestad (el realengo), lo cierto es que apenas designaba unas decenas de corregidores (o figuras asimiladas), bien es cierto que para cubrir los más importantes centros urbanos de la Corona. Todas las demás ciudades y villas, que eran la inmensa mayoría, designaban a sus propios magistrados, los alcaldes ordinarios, bien fuera por privilegio o por costumbre, bien al amparo de principios que aquel orden consideraba naturales.

Por otro lado, en los territorios señoriales la posición del rey a estos efectos era ocupada por los señores, como titulares derivados de la jurisdicción en sus señoríos, que en Castilla tenían además por ley general la facultad de conocer las primeras apelaciones de los pleitos, bien por sí mismos o bien mediante el nombramiento de un alcalde mayor. Esto permitía integrar jurisdiccionalmente las tierras a menudo dispersas pertenecientes al señorío y constituir un centro de actividad judicial y gubernativa, es decir, configurar auténticos *estados señoriales*, según la termi[57]nología usual entonces, dotados de su propio aparato institucional; unos estados que en conjunto se extendían –conviene no olvidarlo– sobre más de la mitad del territorio y englobaban como poco a igual proporción de la población de la Corona.

Por último, una tan heterogénea y conflictiva pluralidad como se daba en la base determinaba la concentración en el vértice soberano de la jurisdicción precisa para amparar los derechos y reparar los agravios que pudieran embargar su ejercicio. Esta *mayoría de justicia* acotaba el único espacio ocupado en exclusiva por el rey y servido por magistrados designados siempre y sólo por él para formar parte de sus tribunales supremos (el Consejo y las Audiencias y Chancillerías) o asimilados (las meras Audiencias), que actuaban en este concepto como instancia última de garantía.

En suma, la consideración del princeps como *fons dignitatum et iurisdictionum* servía ni más ni menos para cohonestar el pluralismo jurisdiccional realmente existente con la supremacía regia.

(iii) En estas condiciones, vinculado el gobierno a la corporación y la jurisdicción ordinaria al territorio, la única vía de desarrollo institucional, no sólo para hacer frente a las nuevas situaciones, sino también para servir a los crecientes intereses de intervención real en el gobierno del reino, era la constitución de jurisdicciones especiales, sustanciada en la configuración de aparatos más o menos articulados y extensos de gobierno y justicia, material o personalmente especializados y pertenecientes al *estado real*. Este proceso comenzó pronto y alcanzó proporciones descomunales en la segunda mitad del siglo XVIII.

¿Un *aparato* de justicia y gobierno? Esta palabra, que como he insinuado empleo a falta de otra mejor, es inexpresiva para referirse a un *complejo* institucional del que lo menos que puede decirse es que era irreductible al control efectivo de cualquier instancia centralizada de poder y sólo mediante una conflictividad incesante quedaba más o menos articulado. Puestos a dibujar con un par de trazos una trama tan intrincada, yo destacaría tanto la fragmentación institucional y el pluralismo jurisdiccional como la [58] uniformidad jurídica, que aun moviéndose en planos distintos eran complementarios. Ciertamente, no puede decirse que hubiera nada parecido a *una* administración, sino tantas administraciones como corporaciones, pero en todas ellas los jueces ocupaban la posición decisiva, porque eran los únicos capacitados para realizar actos de jurisdicción y éstos resultaban imprescindibles para gobernar.

En este sentido, aun cuando tuvieran muy diversas vinculaciones orgánicas, los magistrados aportaban un patrón de juridicidad al gobierno del territorio, en la medida que ejercían un oficio construido en términos jurídicamente unitarios –el oficio de juez (*officium iudicis*)–, para acceder al cual se privilegiaba sobre cualquier otra condición o requisito el *temor de Dios* (que podemos traducir como la adhesión al orden), tenía como referente normativo la figura jurisprudencial del *iudex perfectus* (no sólo un "modelo para", sino también un "modelo de" juez, que disciplinaba axiológicamente tanto la reglamentación del oficio como la selección de sus titulares) y cuyo recto ejercicio estaba pretendidamente garantizado por procedimientos *ad hoc*, que le hacían personal y patrimonialmente responsable de los perjuicios que ocasionara su actuación contra derecho (es decir, *extra officium*: sin oficio). Es verdad que cada juez estaba ontológicamente dotado de una *conscientia* que cumplía *sub especie arbitrium iudicis* una función reconocidamente decisiva en la formulación del derecho a partir de las circunstancias particulares del caso controvertido, pero la integración de todos ellos en un aparato jerarquizado mediante los recursos judiciales, y muy especialmente por medio de la apelación, que servía precisamente para revisar la justicia de las decisiones, favorecía que prevaleciesen los consensos jurisprudenciales establecidos (la *communis opinio doctorum*), sobre todo en los colegiados tribunales supremos, aquellos que por representar al *princeps in iudicando* juzgaban en último grado y ocupaban el único espacio directamente controlado por éste e institucionalmente centralizado.

Como ahora veremos, la dinámica institucional se desenvolvía conforme a esta gramática, la *gramática del orden*, escrita con un léxico predefinido por la jurisprudencia que escapaba a la disposición del rey. [59]

III. LA JUSTICIA Y EL GOBIERNO: *LO GUBERNATIVO* Y *LO CONTENCIOSO*.

Como autoridades que son, los oficiales actúan, esto es, realizan *actos* de autoridad en el ejercicio de sus oficios. Naturalmente, este nombre genérico –*actos*– que por neutro podemos adoptar, sirve para designar una extraordinaria variedad de cosas que tienen sus nombres propios o específicos, como correspondía a un mundo que por

tradicional tenía una conformación histórica e intrínsecamente plural. En la medida que escriturados, la Diplomática nos enseña que los distintos actos pueden ser clasificados formalmente y descritos con mayor o menor precisión. Pero el nombre propio y la forma diplomática nada o muy poco dicen acerca de la materia de los actos y las divisiones que conforme a este otro criterio pueden hoy con mayor o menor fortuna ensayarse, siguiendo las que históricamente se hicieron (como religión, justicia, gobierno, hacienda y guerra), son irrelevantes o poco menos a los efectos que aquí importan, que es averiguar cómo se gobernaba entonces mediante la justicia, o sea, cuáles eran los dispositivos del gobierno judicial.

Para esto lo decisivo es arrancar de la matriz jurisdiccional e identificar primero que nada los *actos judiciales*, es decir, aquellos que reconocidamente determinaban en cada caso lo que era (conforme a) derecho. Si la justicia se define como la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo, actos judiciales son aquellos que declaran en cada caso el derecho (de cada uno). Por ser actos de jurisdicción**,** los *magistrados* son los únicos oficiales facultados para dictarlos y se definen por el procedimiento seguido en su adopción: son los actos dictados *con conocimiento de causa* (*causae cognitio*), esto es, para resolver un conflicto mediante *proceso*, que entonces como ahora tenían como nombre propio el de *sentencia.* Claro que no hay que dejarse arrastrar por la familiaridad de los nombres, que en aquel mundo realista dependían de la naturaleza de las cosas que designaban y ésta venía jurisprudencial (y por ende, problemáticamente) definida: tanto la determinación de lo que fuera proceso, como los requisitos, clases y régimen de impugnación de las sentencias nunca dejaron de plantear en aquel orden jurisprudencial severos problemas. [60]

Por un lado, a partir del complejo y muy lento *solemnis ordo iudiciarius*, todos los intentos de simplificar o *sumarizar* (para agilizar), que fueron recurrentes desde el siglo XIV, tuvieron siempre como barrera infranqueable aquellos elementos del proceso que se consideraban naturales (*i. e*., definitorios de su naturaleza) y por ello indisponibles, que la jurisprudencia fue depurando en respuesta a la pregunta *quid sit processus?* y estaban especialmente protegidos por el recurso de nulidad (la *querella nullitatis*), el cual alcanzaba desde luego a las características y los requisitos de las sentencias.

Estas, las sentencias, podían ser interlocutorias o definitivas y la tradición fue generando a partir del orden un complejo dispositivo para asegurar la justicia de la decisión que formulaban, que aquí, desde una posición inicial o al menos tendencialmente irrestricta, quedó consolidado más o menos así: cabía apelación (o suplicación, en el caso de las instancias supremas) de las sentencias interlocutorias que causaran perjuicio irreparable en la definitiva, contra la cual a su vez siempre era posible apelar (o suplicar) hasta sumar tres sentencias conformes, dictadas en su último grado por los tribunales supremos (salvo en los pleitos de escasa cuantía, legalmente determinada). El recurso de apelación servía para asegurar la justicia de la sentencia, que en consecuencia resultaba de combinar criterios cuantitativos (tres instancias) y cualitativos (mayoría de justicia real colegiadamente desempeñada por los tribunales supremos), unos y otros en respuesta a razones de fondo que bien podemos dar aquí por supuestas.

Al cabo del proceso, seguido a través de sucesivas instancias, sólo las sentencias firmes hacían *cosa juzgada* y eran por tanto ejecutorias, esto es, eran en aquel orden una definición legítima del derecho controvertido y en este concepto podían ser coactivamente impuestas (pasando ahora –dado que hemos excluido al *princeps* de nuestro campo– por alto, mas sin olvidar, la posibilidad de recurrir por vía graciosa, que

aparte de institucionalizarse procesalmente primero en el recurso de *segunda suplicación* y mucho más tardíamente en el de *injusticia notoria*, se mantenía *siempre* abierta e implicaba en cada caso la traslación del campo de la justicia al de la gracia, que tenía sus propias reglas). [61]

Frente a los actos judiciales (quintaesenciados en la sentencia firme), todos los restantes eran *extrajudiciales,* porque dictados *sin conocimiento de causa* y pueden recibir la genérica denominación de actos *gubernativos,* de gobierno o gobernación, por heterogéneos que fuesen, ya en atención a las autoridades (titulares de oficios jurisdiccionales o no), ya en consideración a su contenido (normativo o singular).

La distinción justicia–gobierno era ciertamente recurrente y podía adoptar distintas formas según los contextos (derecho–hecho, proceso–expediente, contencioso–gubernativo), como uno de los criterios básicos para organizar la gestión de los asuntos comunes: así como había unas cosas de justicia, había otras (i) cosas de gobierno o gobernación, pero (ii) la delimitación entre ambas siempre fue muy problemática y (iii) su separación era sencillamente inconcebible.

(i) Que las *cosas de justicia* son aquellas "que tocan a prejuyzio de partes"[3] y deben por ello sustanciarse procesalmente, está muy claro, circunscribiendo el *gobierno* a aquellas otras *cosas* que, por no afectar a derechos, pueden escapar a los requerimientos procesales de la *iurisdictio* y siguen, cuando es el caso, un procedimiento mucho más sencillo, que aquí recibió muy pronto el nombre de *expediente*. En su sentido más precisamente jurídico, *gobierno* o *gobernación* designaba la actividad ejercida en su ámbito por quien tenía la potestad rectora en la comunidad que fuere; o lo que es igual, la *administración* o gestión de sus asuntos propios. *Gobernar* equivalía entonces a *administrar*. En el contexto de un modelo judicial de gestión de los asuntos públicos como aquel, el término *gobierno* (o *gobernación*) sirvió principalmente para englobar aquellas relaciones de poder que no envolvían con[62]flictos de intereses jurídicamente reconocidos (esto es, en las que no se apreciaban derechos contrapuestos) y se manifestaban, por ello, en decisiones cuya adopción no requería de procedimientos judiciales. De ahí que su ámbito originario y más propio fuese el doméstico (la *casa*, en principio familiar), informalmente regido por criterios de oportunidad y conveniencia apreciados por el padre como *caput familiae,* que sirvió siempre como modelo para la gestión de los asuntos comunes en las corporaciones mayores, incluido el reino (que a este respecto llegará a estar asimilado a la casa del rey). La *política* (como buena gobernación de la república) está en este sentido equiparada a la *económica* (que trata del gobierno de la casa).

Como veremos mejor más adelante, si las cosas de justicia son aquellas que tocan a perjuicio de partes, no pueden concebirse otras *cosas* intrínsecamente gubernativas que aquellas que de ninguna manera puedan afectar a derechos, bien sea en atención a su naturaleza o bien por decisión de quien está legitimado en su condición de *princeps* para alterar el orden jurídico mediante actos de voluntad imperativa[4]. O lo que es igual, la vía de tramitación es efecto y no causa de la distinción, que más bien responde a la idea, ya apuntada, de que nadie puede ser obligado a hacer o soportar algo

[3] Según la formulación que puede encontrarse, p. ej., en *NR* (=*Recopilacion de las Leyes destos Reynos, hecha por mandado de la Magestad Catolica del Rey don Felipe Segundo nuestro señor; que se han mandado imprimir, con las leyes que despues de la vltima impression se han publicado, por la Magestad Catolica del Rey don Felipe Quarto el Grande nuestro señor* [1567], Madrid, Catalina de Barrio y Angulo, 1640) 2.4.11

[4] Y en este sentido se dirá, con palabras de Baldo, que "gravamen legis, non est gravamen [...] quia leges omnes obedire debent [...], unde non mirum, si appellatio prohibeatur" (SALGADO DE SOMOZA, *Tractatus,* pte. II, cap. XVI, § 23, p. 315).

contra su voluntad si previamente no se le concede la posibilidad de alegar y probar su derecho en el caso.

(ii) Así pues, frente a lo que suele decirse, el gobierno se define *prima facie* por la naturaleza de los asuntos, porque es esto lo que por de pronto determina el procedimiento a seguir. Cuando el modelo estaba ya muy rodado y en su momento álgido las turbulencias provocadas justamente en este ámbito por el reformismo borbónico, Campomanes, muy consciente de que la diferencia entre asuntos gubernativos y contenciosos ofrecía *grave dificultad*, [63] condensó toda su enorme experiencia en una regla para conocer unos y otros. Esta:

> "Quando se trata de dominio, de posesion, de conservación de honores, de imposicion de penas, en una palabra de derecho de tercero, para causarle perjuicio con la sentencia es necesaria la audiencia ordinaria, y substanciación de los autos. La razon es clara, porque cada parte ha de probar los hechos, en que funda su intención: ésta no se puede liquidar sin trámites contenciosos. Pero si se trata de favorecer la labranza, dexando á los dueños y cultivadores de las tierras todo aquel arbitrio, que cada uno tiene para sacar de su terreno el mejor partido posible, cerrando, cercando, plantando, aprovechando etc. son reglas necesarias y comunes, que penden tan solamente de la instruccion de los que mandan, y no necesitan, si saben su oficio, mas que insinuacion, ó representacion, ú oportunidad, que dé impulso á las providencias"[5].

El ámbito de la justicia acota el conjunto de asuntos que puede ser extrajudicialmente tratado. Y es que delimitar materialmente el gobierno era institucionalmente imprescindible, primero que nada para acotar ámbitos de actuación (competencias de órganos), esto es, espacios donde las autoridades actúan (en concurrencia con la justicia) mediante procedimientos de gobierno (sin figura de juicio). Entiéndase bien: de ninguna manera quiere decir esto que pudiera establecerse una correlación entre asuntos por su naturaleza gubernativos y contenciosos y órganos por su competencia administrativos y judiciales, porque todos los de este carácter y de uno u otro modo gobiernan (en el más pleno sentido de la palabra: conocen de asuntos gubernativos por vía de gobierno), pero sí es verdad que, concurriendo con los anteriores, hay muchos otros que, carentes de jurisdicción, sólo están facultados para conocer (por sí mismos) de asuntos gubernativos. Al menos los más importantes de estos últimos, como los regidores y los virreyes (o asi[64]milados), formaban cuerpo (ayuntamiento, audiencia y chancillería) con los jueces ordinarios del territorio (corregidor, oidores), pero lejos de resolver el problema esta configuración institucional simplemente lo replanteaba, obligando a determinar en cada caso qué podían hacer los primeros sin el concurso de los segundos. Basta leer los capítulos dedicados por un Castillo de Bovadilla al gobierno municipal para comprobar que la delimitación entre los actos de gobierno y los actos de jurisdicción determina las posibilidades y los límites de actuación de los regidores sin el corregidor.

El problema se planteó con más o menos virulencia, pero siempre perentoriamente, en todos los niveles del aparato, porque en todos concurrían la justicia y el gobierno, encarnados por autoridades capacitadas e incapacitadas por una otra razón (falta de jurisdicción o inhibición, o sea, falta de competencia) para actuar judicialmente. Exagerando un poco podríamos decir que casi todos los oficiales gobiernan, pero no hay ninguna exageración cuando se afirma que sólo los jueces

[5] Citado por Ramón Lázaro de DOU Y DE BASSÓLS, *Instituciones del Derecho Público general de España, con noticia particular de Cataluña, y de las principales reglas de gobierno en qualquier Estado,* 9 vols., Madrid, Oficina de Don Benito García, 1800-1803, lib. I, tít. VIIII, cap. VIIII, sec. IIII, § 2 (II, p. 48).

juzgan. No se trata únicamente de que los oficiales carentes de jurisdicción sólo pudieran actuar extrajudicialmente (o como se dirá tardíamente, con una expresión en sí misma paradójica sobre la que enseguida vuelvo, con *jurisdicción gubernativa*), sino también de que había tribunales de justicia que, contra la regla general, estaban *ex lege regia* inhabilitados para actuar ora gubernativa, ora judicialmente en ciertos casos[6].

Ante la imposibilidad de detallar los problemas y las soluciones que en cada uno de estos (y otros) ámbitos planteó la necesaria delimitación entre justicia y gobierno, lo contencioso y lo gubernativo, podemos prestar un momento de atención a la organización interna de las Audiencias y Chancillerías instaladas en América (que llegaron a ser trece), porque fue allí donde más claramente se planteó el problema y se ensayaron algunas soluciones. Veamos por qué. [65]

Allí las Audiencias y Chancillerías fueron instituidas como personas geminadas (mediante el *sello*) del rey para la justicia y el gobierno de su distrito, desempeñados conforme a un esquema institucional muy complejo, que respondía a las conflictivas circunstancias de las primeras décadas de dominio colonial y quedó sustancialmente trazado en la segunda mitad del siglo XVI, cuando prevaleció la tendencia de sustraer el gobierno al cuerpo judicial para concentrarlo en su (iletrada) cabeza, acumulando al cargo de presidente de la Audiencia el de virrey o gobernador y capitán general, como máxima autoridad gubernativa y militar de la provincia, cada quien dotado con su propia potestad. Cada Audiencia quedó entonces configurada como un órgano unitario pero complejo, resultado de integrar elementos diversos (gobernador unipersonal y tribunal colegiado) y equilibrar lógicas diferentes (gubernativa y contenciosa), por lo que era imprescindible distinguir las atribuciones del conjunto (el presidente y los oidores) de las que tenían cada uno de sus componentes (sean el presidente o los oidores), pero sin que fuera posible considerarlas aisladamente, y no sólo porque el carácter mutuamente excluyente de las atribuciones del presidente y de los oidores quedaba circunscrito al momento decisorio (providencia o acto de gobierno y sentencia), actuando ambos órganos de manera más o menos dependiente en los restantes tramos de su actividad (consulta en materias graves de gobierno, tramitación y firma de las reales provisiones, etc.). La integración de la máxima autoridad gubernativa con el tribunal que representaba la persona del rey en el distrito se basaba en la distinción entre *cosas de gobierno* y *cosas de justicia*, tan lábil, difusa y problemática como ya sabemos y entonces se dijo.

En estas circunstancias, obligados a dilucidar qué era justicia y qué gobierno para delimitar sus esferas de actuación *en cada caso*, los conflictos entre presidente y oidores llegaron pronto y nunca se fueron. Aunque sólo indirectamente conocido, es muy valioso, en este sentido, el testimonio que presta la llamada *Junta Magna* de 1568, abocada a instancias de D. Francisco de Toledo, electo virrey del Perú, a esclarecer “lo que es justicia y gobierno, que tan notablemente está falto y confundido”, al parecer sin [66] grandes resultados, como muy significativamente se le recordaba unos años después:

> “[...] sabiendo quánto estudio y cuidado se puso en las Juntas en que vos os hallaste en declarar y distinguir estos casos [y negocios dubdosos que en materia de govierno y justicia se an ofrescido], por el excusar los ynconbinientes que se pueden esperar de la discordia, que por ocasión semejante suele nacer entre las audiencias y virreyes; y pues por ser la materia de suyo tan dubdosa y encontradiza, no se puede proveer más de lo que está proveído en ella, ni hazerse

[6] Esta es la clave de la imposible delimitación entre las Audiencias y Chancillerías metropolitanas y el Consejo Real, que estaba a su vez dividido desde el siglo XVII en salas de gobierno y salas de justicia.

declaración que vaste a vuestras cosas [...]”[7].

Nunca llegó a superarse este nivel de indefinición. Atribuido el gobierno al presidente de la Audiencia, la tan difícil como imprescindible delimitación entre los asuntos de justicia y los asuntos de gobierno, que determinaba su ámbito de actuación respectivo, fue dando lugar a una organización densa e intrincada, perfilada al calor de los conflictos que planteaba su funcionamiento. Muy de acuerdo con la configuración casuista de aquel orden, la solución consistió en asignar el predominio a una de las dos instancias en conflicto, habilitando al presidente mediante la llamada *cédula de discordias* (que comenzaron a dictarse para las distintas Audiencias a partir de 1568 y se generalizaron desde fines de siglo) para que decidiese en caso de duda cuál era la naturaleza (judicial o gubernativa) del asunto[8]. Esta solución, que no sirvió a impedir los constantes conflictos, facilitó por momentos un cierto predominio gubernativo, resuelto en hacer las de justicia causas de gobierno (o sea, sustanciarlas al margen de proce[67]so y decidirlas sin jueces), como todavía a las alturas de finales del siglo XVIII denunciaba Ayala: “La facultad que dá á los Virreyes, se há experimentado perjudicial, porque solo es pleito de Justicia el que ellos no quieren hacer de goviermo, como se ha visto repetidamente [...]”[9].

¿Y entonces? ¿Significa esto que por decisión del virrey hay asuntos intrínsecamente gubernativos? En absoluto. La justicia que el virrey expulsaba por la puerta entraba por la ventana siempre que había queja de parte (*i. e.,* agravio), porque también desde el primer momento se atribuyó a la Audiencia la revisión judicial de los actos gubernativos que causaran agravio, mediante las llamadas *apelaciones de autos de gobierno*, que veremos en su detalle más adelante, en un giro que podía ser entonces expresado, con toda precisión, en estos términos: “*habiendo parte agraviada, el negocio que ya fue de gobierno, alterado con la circunstancia agravante de la queja, muda la especie y pasa á caso de justicia y de hecho* [*sic*, por *derecho*] *contencioso”*[10].

Como puede observarse, muy de acuerdo con la configuración casuística y probabilista de aquel orden jurídico, por toda solución general se impone una vía para llegar al establecimiento de soluciones particulares (esto es, atentas a las circunstancias del caso), que *en último término* supeditan el gobierno a la justicia, toda vez que apoderan al presidente para decidir la naturaleza (gubernativa o judicial) de las cosas o causas dudosas, pero con apelación a la Audiencia si las cosas de gobierno devienen causas de justicia (lo que desde luego incluye la decisión sobre su admisión o no, es decir, la calificación del grado).

No es posible entrar ahora en mayores detalles, pero sí convienen recordar que en el curso de todo este proceso, que llega hast[68]a comienzos del siglo XIX, y a golpe de conflictos y consultas, se fue definiendo casuísticamente la naturaleza de algunos

---

7 Véanse, respectivamente, “Billete de D. Francisco de Toledo para que se vean en la Congregación dos Memorias que tiene dadas” (1568) y carta de S. M. a Francisco de Toledo, 27.II.1575 (cap. 30) (Archivo General de Indias, Lima, leg. 570, lib. 14, f. 117v), *apud* MURO ROMERO (1975), pp. 132-134: 133, entre otros.

8 Tal como resultó consolidado en la *Recopilación* de 1680: p. ej. *RI* (=*Recopilacion de Leyes de los Reynos de las Indias, mandadas imprimir y publicar por la Magestad Católica del Rey Don Cárlos II. Nuestro señor.* […] *Quarta impresion*, Madrid, Viuda de D. Joaquín Ibarra, 1791 [ed. facs., Madrid, BOE, 1998]) 2.15.36 y 38.

9 En su comentario a *RI* 2.15.38 (Manuel Josef de AYALA, *Notas a la Recopilación de Indias. Origen e historia ilustrada de las leyes de Indias*. Ed. de Juan Manzano Manzano. 2 vols. Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1946, II, p. 179).

10 Gaspar DE ESCALONA Y AGÜERO, *Tratado* (=David A. PAREJA, “Un inédito valioso del autor del *Gazophilacium Regium Peruvicum*, Tratado de las Apelaciones del Gobierno del Perú”, *Revista del Archivo Nacional del Perú*, 2 (1921), pp. 79-130), gl. I, § 5 (pp. 94-95).

negocios, pero de modo limitado y sumamente restrictivo siempre que se trataba de excluir la participación de la Audiencia, como veremos más adelante.

(iii) Además de poner de manifiesto la dificultad de delimitar con precisión justicia y gobierno, lo interesante del caso americano es que hace explícita la entitativa imposibilidad de enuclear el gobierno –separándolo– de la justicia: limitado siempre por los derechos, *lo gubernativo* muta en *lo contencioso* cuando traspasa (y porque traspasa, causando agravio) esta barrera. Dicho en otros términos: la delimitación entre la justicia y el gobierno, no puede resolverse *a priori* dilucidando de una vez y para siempre qué asuntos afectan y cuáles no a derechos –aunque ya veremos que así llegaría plantearse–, porque los asuntos son (o pueden ser tratados como) gubernativos *mientras* no afecten a derechos, momento en el cual cambian de naturaleza y devienen contenciosos (o *se reducen a justicia,* como a menudo se decía).

En el contexto de un modelo judicial de gestión de los asuntos públicos, que asignaba al poder político, concebido como *iurisdictio*, la tarea principal de *hacer justicia,* manteniendo a cada uno en su derecho, los actos de gobierno nunca dejaron de tener un cierto carácter provisional, porque estaban *siempre* sujetos a revisión mediante justicia (*i. e.,* para contrastar procesalmente su conformidad a derecho), lo que en el campo y con el lenguaje judicial propio de aquel orden se expresaba diciendo "[quod] actus extrajudiciales nunquam transeant in rem judicatam, cum deficiat in eis judicium, & per consequens quod est necessarius finis ipsius"[11]. Y así, por poner un ejemplo singular, las ordenanzas muni[69]cipales, que eran asimiladas al cuasi–contrato resultante de la *litis contestatio*, siempre podían ser revocadas como injustas por el juez, pues "talis iniquitas, seu injustitia statuti & Decreti nunquam transit in rem judicatam"[12]. Una vez tras otra, sin retroceso posible, la dinámica institucional seguía la secuencia gobierno–justicia. No es difícil explicar por qué: la vis expansiva de la justicia, en el marco de un orden jurídico que se concretaba en un masivo conglomerado de derechos históricamente constituidos, era virtualmente ilimitada. De ahí que, para restringir la conflictividad judicial, se encareciese a las autoridades gubernativas que actuaran consensuada y no unilateral e imperativamente[13].

Y es que, a diferencia de la justicia, el gobierno tenía una *naturaleza mutante*, que dificultaba cualquier delimitación apriorística y definitiva e impedía la separación entre el uno y la otra. Mientras que los asuntos de justicia y como tales tratados de ninguna manera pueden volverse gubernativos, la oposición de la parte agraviada provoca la mutación los asuntos de gobierno en contenciosos y éstos *llaman* (por decirlo así) a los jueces e imponen sus propias reglas, las reglas procesales. Pero eran dos naturalezas no sólo distintas, sino llanamente incompatibles, como de manera contundente recordaba Salgado de Somoza:

---

[11] SALGADO DE SOMOZA, *Tractatus,* pte. II, cap. XIII, § 21: y así, p. ej., (§ 22) cuando los ejecutores proceden extrajudicialmente, en aquellos casos en los que no se requiere *causae cognitio*, valen las ejecuciones: "tamen non praejudicat non citatis, quia eorum jus salvum remanet, nec res judicata his obesse potest" (p. 273). También, § 41: "quod actus extrajudiciales nunquam transeunt in rem judicatam, ex quo in eis deficit judicium" (p. 275).

[12] Alfonso de AZEVEDO, *Commentarii Juris Civilis in Hispaniae Regias Constitutiones* [...] [1583-1598], Lugduni, Fratres Deville, 1737, *NR* 7.1.6, gl. *Que vala y sea firme* y gl. *Que las nuestras justicias* (IV, p. 181).

[13] Cfr. AZEVEDO, *Commentarii, NR* 7.1.8, a propósito de "Decretorum ac statutorum ad Reip. gubernationem factorum" (IV, pp. 182-184: § 3, p. 182 para la cita). Y en general, DOU, *Instituciones*, lib. I, tít. VIIII, cap. VIIII, sec. IIII, § 3: el gobierno "no excluye la audiencia de partes: ántes suele ser arriesgada qualquiera providencia, que se tome, sin oir á los interesados, ó á las personas, que pueden informar, y tener de qualquiera manera derecho: solo excluye los trámites judiciales" (II, p. 49).

> "[…] processus judiciales & extrajudiciales sunt directo contrarii, & adinvicem oppositi, quemadmodum albedo nigredini [...] & per totas quaestiones, & incomparabiles esse docet Bal[dus] *in l. 3 de milit. test.* [*D* 29.1.3] non potest simul procedi, & cognosci, & in aliqua causa utraque & via [...], quia duo contraria non possunt concurrere [70] simul in eodem subjecto [...] & quia quis non potest esse in duplici statu contrario [...] monstruosum foret namque, hominem membra quadrupedum habere; ac ideo si incipit agere via judiciali, merito denegandus recursus ad extrajudicialem; quia ad positionem unius contrariorum sequitur remotio alterius [...]"[14].

Por esto no era siquiera concebible que un asunto pudiera ser *al mismo tiempo* contencioso y gubernativo: como dije al principio, "dejaba de ser" esto cuando "pasaba a ser" aquello otro. Andando el tiempo, y con la evidente impropiedad de identificar jurisdicción con potestad, conceptuándola simplemente como la "facultad de conocer y decidir", llegará a hablarse, por oposición a la *contenciosa*, de una *jurisdicción gubernativa*, que se define como "la que procede sin figura, ni estrépito, ó trámites de juicio en los asuntos insinuados meramente gubernativos, como son casi todos los de policía y economía", pero siempre –como siempre– en el entendido de que "las providencias, ó decretos hechos gubernativamente, no tienen autoridad de cosa juzgada, ni suelen impedir el que se varíen, y el que judicialmente se trate de ellos en los casos, en que pueda atravesarse el derecho de tercero reclamando el interesado, sin perjuicio de los efectos correspondientes por derecho á la providencia gubernativa, hasta que se hubiere determinado otra cosa en juicio contradictorio"[15]. Veamos cómo.

IV. LOS DISPOSITIVOS JURISDICCIONALES: *AGRAVIO* Y *QUERELLA*.

Si a partir del *jurisdiccionalismo* definitorio del antiguo régimen el orden jurídico se presenta como un orden natural objetivado en la constitución tradicional del espacio político, que se concretaba en un conjunto de derechos judicialmente tutelados frente a los actos de poder público, interesa ahora conocer cuáles fue[71]ron los procedimientos *ad hoc* paso a paso forjados, básicamente mediante la compleja declinación del binomio *agravio–querella* (*gravamen–querela,* traducible ésta por petición o queja). Uno y otro son los términos genéricos y habituales para designar respectivamente cualquier atentado o alteración indebida del estatus o posición jurídicamente reconocida y la petición o queja que buscaba de quien tenía poder para ello el amparo o la reparación. La voz *querella* provenía de las fuentes romanas, donde tenía el sentido genérico de "queja" –pero admitía diferentes matices o particularizaciones en función del contexto jurídico e institucional–, fue revitalizada por el derecho canónico desde mediados del siglo XII, y fungió a partir entonces como una suerte de contenedor omnivalente para designar cualquier petición de amparo o reparación vehiculada a través de los procedimientos que la tradición fue formando, al calor de los problemas que planteaba el gobierno de la Iglesia. Aunque su difusión en Castilla respondiera obviamente a sus propias necesidades, no está de más prestar atención a la matriz canónica, al menos para destacar los tres extremos que siguen.

(i) Asentada a mediados del siglo XII en el derecho canónico, la apelación, que tendió a sustituir en este ámbito a la acción directa contra el juez acusado de mal juzgado (C. 6 q. 2), sirvió enseguida para acoger junto a la *appellatio* en sentido propio (o romano), que sólo cabía *post sententiam*, otros supuestos sumamente diversos,

[14] SALGADO DE SOMOZA, *Tractatus,* pte. II, cap. XIII, §§ 117-118 (p. 282).
[15] DOU, *Instituciones,* lib. I, tít. VIIII, cap. VIIII, sec. IIII, §§ 2-3 (II, pp. 47 y 49).

situados –como se decía– no sólo *in medio* sino también *ante* del proceso, entre los cuales tuvo siempre cabida el recurso *omisso medio* al Papa en su condición de *ordinarius omnium* (C. 9 q. 3 c. 16) mediante querella interpuesta por quien se sintiere agraviado en cualquier momento de toda causa. Operaba aquí no sólo la garantía de la justicia, sino también el propósito de ejercer desde Roma un cierto control efectivo sobre las iglesias periféricas, evidenciado por la abultadísima cantidad de rescriptos emanados al propósito de la cancillería pontificia. Al calor de este proceso y decretal a decretal fueron desde muy pronto configurándose dos vías, siempre definidas por contraste con la apelación propia (o judicial): la apelación extrajudicial y la simple querella. [72]

(ii) La apelación extrajudicial, que es un producto inequívocamente canónico, tuvo su partida de nacimiento –al menos oficial– en la decretal *Cum sit (sacrosancta) Romana Ecclesia* de Alejandro III (1172) que, junto a la apelación "contra sententiam", reconocía también la apelación "ante sententiam" e incluso y además la apelación "ante litis ingressum", sin otro apoyo que la tradición evocada arriba: "quoniam sacri canones *etiam extra iudicium* passim appellare permittunt" (*X* 2.28.5), dice el paso correspondiente en la forma como fue recogido por el *Liber Extra.* De ahí procede la dicción "appellatio extraiudicialis", pronto consagrada: "sicut appellationem iudicialem, sic et [appellationem] extraiudicialem [...]" (*Clem.* 2.12.13). Para entonces la canonística, comparando y destacando las diferencias entre la una y la otra, había dejado ya perfilada la figura de la apelación extrajudicial (o sea, contra actos realizados fuera o al margen del proceso: *in causa non coepta*) como *provocatio ad causam incipiendan*, introductora de la instancia, en virtud de la cual el juez superior puede juzgar en primer grado los agravios causados por el inferior, en los términos que restarían sustancialmente definitivos y veremos después.

(iii) Al mismo tiempo, a partir de la consideración de la querella como *simplex relatio*[16], la expresión *simple querella* corría un tanto confusamente con el sentido genérico de recurso *omisso medio*, para referirse a las querellas deducidas ante el Papa, que se resolvían también en una *provocatio ad causam* (o sea, un emplazamiento), valían en consecuencia para tratar una causa cualquiera ante el *princeps* (es decir, ante juez distinto del ordinariamente competente) y consistían a fin de cuentas en una avocación. De hecho, la única vez que figura esta expresión en el *Liber Extra* sirvió para titular una decretal de Alejandro III que singularizaba la potestad del Papa como único facultado para conocer *omisso medio,* marcando la diferencia entre la jurisdicción de sus legados y la de [73] los metropolitanos: mientras que éstos sólo mediante apelación podían conocer, "legatus etiam per simplicem querelam adiri potest" (*X* 1.30.1).

A partir de este significado general y restringido, desde finales del siglo XII el nombre *simple querella* se aplicó en un sentido al mismo tiempo especial y más amplio, para referirse al procedimiento a seguir ante las *querellas de excomunión injusta* deducidas ante el metropolitano, tal como fue establecido por distintas decretales a caballo entre los siglos XII y XIII[17], sustanciado en un reenvío al juez que excomulgó

---

[16] Henricus de Segusio Cardenalis HOSTIENSE [†1271], *In Primum Decretalium librum Commentaria,* Venetiis, Ivntas, 1581, *X* 1.38.2, *in princ.*: "Simplex relatio est, sicut & illa. Luc. xxiii .c." (f. 183v).

[17] Debidas a Inocencio III: *Ad reprimendan* (1198) (*X* 1.31.8, donde la diferencia aparece bien marcada por la glosa *suspendatur*: "[...] quia ex quo non appellavit infra X dies, postea non potest appellare, unde per appellationem non transfert querelam ad metropolitanum, sed per simplicem querelam posset conqueri etiam post X dies") y *Per tuas*, 1203 (*X* 5.39.40), luego completadas en el Concilio de Letrán, 1215 (c. *Sacro approbante*, *X* 5.39.48). Cito el *Liber Extra* (*X*) y sus glosas por la edición: *Corpus Juris*

con el mandato de hacer derecho, pronunciado sin conocimiento de causa y posible porque se denunciaba un agravio reparable por su causante, del que el juez superior sólo podía conocer judicialmente por medio de formal apelación. Sólo si el primer juez incumplía este mandato, tenía lugar la devolución de la causa al superior, que no era por tanto un efecto directo de la simple querella, sino que resultaba de la negligencia del inferior[18]. Como destacó Morel (1955), a quien se debe la reconstrucción del proceso que he intentado resumir aquí, esta idea de negligencia del juez (o denegación de justicia: *defec*[74]*to iuris*) devino muy pronto fundamental, permitiendo la utilización de la simple querella más allá de la sentencia de excomunión injusta: "[...] a tarditate iudicis appellari non potest, sed debet adiri superior per simplicem querelam" (Baldo).

Con estas características básicas y respectivas, es fácil percibir que tanto la apelación extrajudicial como la simple querella eran sumamente funcionales a la integración bajo el *princeps* de espacios políticos jurisdiccionalmente plurales e institucionalmente desarticulados, lo que debe explicar su temprana adopción e intensa utilización en Castilla (no sabría decir si también en los otros reinos hispanos).

1. *El "princeps" como "fons totius iurisdictionis": formación bajomedieval y desarrollos modernos.*

Una y otra, la simple querella y la apelación extrajudicial, estaban presentes y claramente operantes en este territorio desde finales del siglo XIII, integrados en un esquema más general de recursos que aparecía ya relativamente bien perfilado en el contexto jurisdiccionalmente pluralista e intensamente conflictivo de la primera mitad del siglo XIV y con unas u otras modulaciones se mantendría hasta el siglo XIX.

El texto decisivo a este respecto es el capítulo 135 de la colección llamada *Leyes del Estilo*, formada probablemente bajo Alfonso XI[19]. No voy a entrar en detalles, pero

---

Canonici emendatum et notis illustratum. Gregorii XIII. pont. max. iussu editum, 4 vols., Romae, In aedibus Populi Romani, 1582 (disponible en http://digital.library.ucla.edu/canonlaw/index.html).

[18] De perfil sumamente escurridizo, la diferencia entre apelación y simple querella era explicada así por Enrique de Susa en su comentario a la primera decretal citada: "Consueuit notari differentia inter querelam, & appellationem: quia quando quis per querelam simplicem sine appellatione conqueritur de iniusta excommunicatione, necesse habet tunc Metropolitanus deferre suo suffraganeo, & exco[mmun]icatum ad eum remittere absoluendum, vt hic & j. de sen. exc. sacro. [*X* 5.39.48] Sinautem appellauit a tali sententia & sic per appellationem deferretur ad ipsum querela, tunc potest deferre si vult, sed non habet necesse, vt j. de senten. excom. per tuas. [*X* 5.39.40] & pot[est] esse r[atio], q[uod] fortius transfertur iurisdictio in superiorem per appellationem, q[uam] per querelam. nam appellans statim eximitur a iurisdictione ipsius, a quo appellauit. j. de appel. directe. [*X* 2.28.39] & c. pastoralis. [*X* 2.28.53] quod intelligas, ex quo per superiorem appellatio est recepta. [...]" (HOSTIENSE, *X* 1.31.8, § 5, ff. 161v-162r).

[19] *Leyes del estilo. E declaraciones sobre las leies del fuero,* Salamanca, [Leonardo Hutz y Lope Sanz] 1497: "Ley .cxxxv. delos que querellan al rey del alcalde como se ha de librar. <1> Sy alguno se viene a querellar al rey de algun alcalde delas sus villas que non cumplio la su carta: deue ende mostrar fe de lo que fizo el alcalde. & si non no le deuen dar carta de emplazamiento para el alcalde. Pero si dixiere quel escriuano non le quiso dar ende testimonio o que gelo defendio el alcalde deuenle dar entonce carta de emplazamiento para ellos. <2> Otrosi si alguno querellare del alcalde de alguna villa quel agrauio en su pleyto en defensiones quel non quiso recebir o de fiadura quel fizo dar agrauiado lo mas que non deuia segund fuero o quel fizo tomar algo de lo suyo segun oficio del alcalde deue el rey embiar mandar sobrello segun fuere la querella mas non lo deue embiar emplazar en aquella carta si non cumpliere fasta que muestre el querelloso lo que fizo sobrello. Et en la segunda carta que deue mandar dar segund entendiere que deue ser dada por lo que muestra enla querella el querelloso entonce puede & deue enbiar enplazar al alcalde para antel rey: <3> mas si alguno se querellare al rey del alcalde quel tomo lo suyo no como en manera de officio de alcalde, o si querellare del alcalde de cosa que es ya juzgada por el por sentencia difinitiua: & mando entregar & entregado por su mandado: o querellare a tal querella que si assi es que vea el rey que querella es: & si querella con derecho del entonce deue el rey mandar al querelloso

seguramente esta ley [75] refleja la práctica desarrollada en la Corte del rey a partir de las dos leyes que el *Fuero Real* dedicaba a establecer las obligaciones que contrae y la pena que merece el alcalde que actúa indebidamente (1.7.8 y 2.2.2). Para encauzar las querellas de los agraviados contra los *alcaldes de las villas*, la *ley del estilo* distingue hasta cuatro supuestos, que quedan reducidos a tres: los dos primeros comparten la característica de sustanciarse ante el rey, mientras que el último no es otro que el *sindacato,* aquí llamado posteriormente *juicio de residencia*.

Contra los agravios del juez el particular puede, en todo caso, querellarse directa e inmediatamente al rey, en busca de reparación. Las consecuencias de su querella son, empero, bien distintas según que se trate de unas u otras decisiones o actuaciones del alcalde y siguen respectivamente el régimen de la simple querella y de la apelación extrajudicial. (i) Aquéllas que tienen lugar en aplicación del *officium iudicis* y antes de que éste se extinga para el caso (esto es, previa la ejecución de la sentencia definitiva), dan lugar a la expedición de una *carta* del rey, mandando al alcalde que desagravie al interesado, es decir, que actúe conforme a derecho. Si el alcalde no desagravia al particular por mandado del rey [76] e insiste con derecho en su pretensión ante el mismo, debe librarse una nueva carta, ahora de emplazamiento, para que el alcalde venga a estar a derecho en la Corte con el querelloso <2>. En este caso, si se acepta mi lectura de la ley, el agraviado debía previamente mostrar al rey por testimonio de escribano cómo el alcalde no cumplió su carta primera o, en su defecto, la negativa de cualquiera de éstos a dárselo <1>. (ii) Muy distinto había de ser, en cambio, el régimen de las querellas deducidas en razón de agravios extrajudiciales, es decir, los irrogados en la ejecución de sentencias (que extingue el oficio con relación al caso) y por mandamientos dictados *extra officium iudicis*, respecto de los cuales el alcalde carece de jurisdicción. Por eso ahora la querella introduce la instancia para determinar las obligaciones contraídas por el juez con el agraviado <3>. Por último, se contempla un cauce alternativo para la sustanciación de las querellas contra el alcalde por los agravios causados durante el oficio, si los interesados optan por esperar para intentarlas a su término <4>. En este caso, las querellas se deducirán ante los alcaldes del lugar de que se trate, en un plazo de treinta días, siempre que no versen sobre "fecho de justicia de muerte", pues en tal caso habrán de interponerse para ante el rey, aunque no tienen que sustanciarse necesariamente en la Corte.

En cualquier caso, aquí, en la Corte, las querellas contra los alcaldes habían de sustanciarse "por manera de Juicio", sujetas a la prueba del querelloso y sin que mediara investigación oficial (*pesquisa*), siempre que fueran emplazados en razón de algún hecho determinado (*que fizo tal mal*). En cambio, conforme a la prelación común de los procedimientos acusatorio e inquisitivo, el rey podía proceder mediante pesquisa, constándole la *diffamatio*, cuando se imputara al juez un genérico abuso del oficio, como se lee en el capítulo 55, a estos efectos complementario, de la colección.

La *ley del estilo* reflejaba una práctica que está documentalmente contrastada: era, si quiere decirse así, una regla descriptiva, no necesariamente preceptiva. De hecho, hasta donde yo sé, la memoria de la ley se perdió enseguida, pero los procedimientos que en ella figuran esquematizados, nunca especialmente regulados (a excepción del

---

dar carta de enplazamiento para el alcalde que paresca delante del. <4> E otrosi despues que saliere el alcalde de offiçio por las cosas que querellaren del que fizo seyendo official es assi vsado que si le demandan por fecho de iusticia de muerte quel deuen demandar antel rey & el rey le deue dar quien lo oya en su casa: o algun ome bueno enla tierra onde son naturales. E si demandan al alcalde por otras cosas que no son criminales deue conplir de derecho por si mismo en treynta dias para ante los alcaldes de aquel lugar donde el fuere alcalde de todas las querellas que en aquellos treynta dias fueron dadas: o querelladas".

juicio de residencia) por el derecho propio, fueron constantemente practicados desde la baja edad media y a [77] lo largo de la moderna, como definitorios de lo que por entonces, el entonces de aquella ley, comenzó a llamarse la *mayoría de justicia* real, entendida como aquella porción de la jurisdicción consustancial al estatus de *princeps*.

Y es que, si bien se mira, aquí y así quedan prefigurados los dos mecanismos, *ascendente* y *descendente* de la jurisdicción (recursos y delegación), cuyo uso intensificado, como he argumentado en otras ocasiones, propició el desarrollo de la potestad real, en la medida que tenían la precisa virtualidad de encumbrar al *princeps,* sobreponiendo a las restantes su jurisdicción, que venía así efectivamente (y no sólo discursivamente) configurada como jurisdicción suprema. Al calor de este proceso, y también desde mediados del siglo XIV, fueron precipitándose los aparatos adecuados a su ejercicio: la Audiencia (y después también el Consejo) en la Corte y los corregidores (*de la justicia*) como jueces delegados del rey en el territorio, unos y otros finalmente consolidados mediante la *reformación* de los Reyes Católicos.

Para entonces, el *princeps* castellano aparecía como *fons totius iurisdictionis*, según una imagen muy difundida entre (y por) los juristas, en el preciso sentido de que de él derivan porque a él vuelven:

> "Omnem iurisdictionem esse apud Caesarem tanquam apud fontem a quo flunt, et reflunt aquae, sicut flumina ad mare flunt, itaque ab eo iurisdictiones per concessiones, e commisiones: sed ad eum reflunt *per appellationes, et nullitates, seu grauaminum querelas*: de quibus quum princeps incipit cognoscere: omnibus aliis ets silentium impositum"[20].

Como recordé antes, la heterogénea y conflictiva pluralidad jurisdiccional que se daba en la base determinaba la concentración en el vértice de la jurisdicción necesaria para amparar los dere[78]chos y evitar o reparar los agravios que pudieran embargar su ejercicio, mediante los dispositivos jurisdiccionales de intervención regia en su condición de responsable último de la justicia, que son los definitorios o característicos de la mayoría de justicia. En los términos de Covarrubias, era aquella jurisdicción:

> "quae apud Regem summa est, cuiusque iure *vel querelae, vel prouocationes, aut appellationes* à iudicibus inferioribus, aliáeque causae ad Regem, vt supremum reipublicae patrem deferuntur [...]. Hanc etenim iurisdictionem ideo maioriam vocamus, quod ea proprie pertineat ad supremam principatus recognitionem"[21].

Aunque estos procedimientos cubren –bien que distintamente– todo el campo de la justicia y el gobierno, me centro en lo que aquí importa, que son los recursos contra las actuaciones extrajudiciales. La jurisprudencia distingue a este respecto, muy precisamente, entre la *apelación* y la *simple querella*: "quod a gravamine extrajudiciali duo oriuntur remedia, aliud per viam appellationis, sed hoc debet esse infra decem dies, aliud autem per viam recursus, & querelae ad superiorem etiam post dictum tempus"[22];

---

[20] Alonso DÍAZ DE MONTALVO, *P* (=*Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alfonso el nono* [...]. *Con la Glossa del insigne Dottor Alfonso Diez de Montaluo*. [...] [1501], Lyon de Francia, Mathias Bonhomme, 1550) 3.4.1, gl. "Los judgadores".

[21] Diego de COVARRUBIAS Y LEIVA, *Practicarvm Quaestionum Liber vnus* [1556], Salamanticae, Andreas à Portonarijs, 1567, cap. 4, § 1 (ff. 16v-22v: 16v-17r); en igual sentido, cap. 1, § 9 (ff. 1r-8v: 6v-7r).

[22] SALGADO DE SOMOZA, *Tractatus,* pte. II, cap. XIII, § 24 (p. 273). O también, Jacobo CANCER, *Variarum Resolutionum Juris Caesarei, Pontificij, & Municipalis Principatus Cathalauniae* [1594-1608], Lugduni, Petri Borne, Ioannis & Petri Arnaud, 1683, pte. I, cap. XVII, *De appellationibus*, § 5: "Illud etiam addo gravaminis extrajudicialis, hoc est cum Judex aliquid facit vel mandat injuste, non in forma judicii, nec citatione praecedente, posse peti revocationem non solum per viam appellationum coram

es decir, "vel appellando, vel conquerendo", la elección de los cuales dependía del agraviado, pero también de la práctica seguida en cada caso por el tribunal competente[23]. Asumido también –claro está– por la legislación real[24], la práctica institucional refleja, sin embargo, un lenguaje más ambiguo, que [79] tiende a acumular en cada caso todos los posibles recursos: apelación, agravio, nulidad, querella,... en un giro que denota, sin duda, que no importa tanto la vía cuanto el fin de asegurar que los jueces conociesen de cualquier asunto que deviniera contencioso.

2. "Simple querella" y provisiones ordinarias.

"Querela –define Barbosa en su célebre *Repertorium*– est remedium peculiare competens iis qui conqueruntur apud superiorem, in quibus ex juris dispositione appellatio non procedit,... & in illius defectum locum habet"[25], donde por superior hay que entender la instancia que llegado el caso podría (haber conocido o todavía) conocer mediante apelación judicialmente del asunto, es decir, no sólo los tribunales supremos, sino también los jueces ordinarios, en la medida que son como tales los superiores de los restantes oficiales[26]. Como petición o queja al superior por los agravios judiciales o extrajudiciales del inferior para el amparo de los derechos lesionados, la *querella*, por ser como era plenamente coherente con la lógica garantista consustancial al *gobierno de la justicia*, se situaba en sus niveles basilares (o constitucionales), y de ahí que además de posible matriz de ciertos recursos judiciales que se fueron institucionalizando aquí y allá con sus propios nombres (apelación, *querela nullitatis*, etc.), permaneciera *siempre* como expediente residual para acoger *todos* aquellos supuestos que por una u otra razón no tenían cabida en los remedios más formalmente establecidos, sin necesidad de especial tratamiento jurisprudencial ni regulación en el derecho propio[27]. [80]

Cuando lo hace, el tópico discurso jurisprudencial suele ocuparse de ella al tratar de la apelación (judicial y extrajudicial), que es el remedio general contra los agravios, simplemente para destacar –con uno u otro argumento– que la querella cabe siempre en

---

superiore, sed edtiam per viam querelae coram eodem judice, vel coram superiore, qui citra viam appellationis adiri potest" (p. 303).

[23] Juan GARCÍA DE SAAVEDRA, *Tractatus de hispanorum nobilitate et exemptione* [...] [1588, 1597], Colloniae, Sumptibus Societatis, 1737, gl. V, § 9 para la cita (p. 94) y *passim* para la dinámica de funcionamiento entre las dos vías (pp. 93-98).

[24] Así, por poner un ejemplo, *NR* 2.5.53, que prohíbe a los magistrados de las Chancillerías entrometerse en cosas tocantes a ordenanzas y rentas de los pueblos, "saluo *por via de apelacion, y agrauios*: y en tal caso sea llamado el juez que huuiere juzgado en ello, para que dè razon, y breuemente se determine sin dilacion de pleyto".

[25] Agustín BARBOSA, *Repertorium Juris Civilis et Canonici* [...] [1668], Lugduni, Boudet, Declaustre, De Ville, De la Roche, 1712, s. v. "Querela" (p. 190).

[26] Así, p. ej., [Jerónimo] CASTILLO DE BOVADILLA, *Política para corregidores y señores de vassallos, en tiempo de paz, y de guerra.* [...] [1597], Amberes, Iuan Bautista Verdussen, 1704 (ed. facs., con "Estudio preliminar" de Benjamín González Alonso, Madrid, IEAL, 1978), lib. IV, cap. IV, § 42, dice que el corregidor de la provincia de Guipúzcoa, "que alli llaman juez universal, que es superior a ellos [las justicias ordinarias de las villas y valles] en grado de apelacion, nulidad, o agravio, o simple querella, assi de sentencia definitiva, como de interlocutoria" (II, p. 376). Y en general, Lorenzo de SANTAYANA BUSTILLO, *Gobierno político de los pueblos de España, y el corregidor, alcalde y juez de ellos* [1742]. Estudio preliminar de Francisco Tomás y Valiente, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1979, lib. I, cap. III, § 13, con sus referencias (p. 32).

[27] Como es sabido, la misma apelación se define como "querella que alguna de las partes faze de juyzio que fuesse dado contra ella, llamando, e recorriendose a emienda de mayor juez" (*P* [*Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el nono, nueuamente Glosadas por el Licenciado Gregorio Lopez del Consejo Real de Indias de su Magestad*, Salamanca, Andrea de Portonaris, 1555] 3.23.1). Cfr., p. ej., Sigismondo SCACCIA, *Tractatus de appellationibvs. In duas Partes, & viginti Quaestiones diuisus,* Romae, Iacobi Mascardi, 1612, lib. 3, cap. 2, q. 17, ampl. 16, § 56 (pp. 424-425); y nota siguiente.

defecto o por omisión de la apelación: "communem esse Doctorum sententiam, statutum rejiciens appellationem, non rejicere recursum ad superiorem"[28]. El supuesto más típico es la denegación de justicia o negligencia del juez, como dejó sentado Baldo y todos repitieron: "ut propter evitandas ambages, & frustraneos sumptus possit a denegatione justitiae haberi recursus ad Superiorem per viam querelae"[29]. Pero sus posibilidades no quedaban ni mucho menos limitadas a estos casos, y además de medio alternativo o subsidiario la simple querella aparece a menudo en concurrencia con la apelación, a elección del recurrente, en función de los plazos y de la práctica seguida en cada caso por el tribunal competente[30]. La jurisprudencia enfatiza a este respecto [81] que son *diversa remedia*, y no sólo por su distinto plazo de interposición, sino muy especialmente por la diferente cualidad que puede tener el *remedio* arbitrado a instancia del querellante por el juez superior. Con toda la inevitable provisionalidad que la falta de estudios sobre el particular impone, creo por mi parte que éstos pueden distinguirse, bifurcando el tramo final de la secuencia agravio–querella–remedio, según que este último comporte o no conocimiento de causa por el superior. En el primer supuesto, la querella se resuelve en una avocación, que *lleva* el caso hasta el tribunal superior, en un giro que según creo explica aquí el desarrollo –la expansión– bajomedieval y sin ninguna duda la mecánica jurisdiccional de los llamados *casos de Corte*[31]; pero dio lugar también a formas más *débiles* –por decirlo así– como la llamada "querella de capítulos" o la "querella de Sala", que se resuelven simple y respectivamente a la vista de la información acumulada de oficio por el tribunal y por los mismos autos, siguiendo en términos generales el modelo de la jurisprudencialmente llamada "querella de exceso"[32]. En el segundo caso, la *simple querella*, como forma más informal o menos [82] elaborada de querella, mantuvo su originario sentido canónico y se caracterizaba por carecer de efecto devolutivo y resolverse en un mandato incitativo o de revocación (dictado sin conocimiento de causa y por ende extrajudicial y monitorio), que sólo en el

---

[28] GARCÍA, *Tractatus*, gl. V, *passim* (pp. 93-98); CANCER, *Variarum Resolutionum* […], Pars Tertia, Antuerpiae, Ioannem Baptistam Verdussen, 1689, cap. XVIII, *In quibus causis non liceat supplicare, nec appellare*, § 16, donde reúne muchas opiniones concordantes (pp. 293-303: 296).

[29] CANCER, *Variarum*, pte. I, cap. XVII, § 5, pero cfr. § 69, de donde procede la cita (pp. 303 y 310-311). Cfr. SCACCIA, *Tractatus,* lib. 3, cap. 2, q. 17, ampl. 16, § 48, discutiendo si "a tarditate iudicis non posse appellari, sed debere adiri superiorem per simplicem querelam" (pp. 423-424).

[30] AZEVEDO, *Commentarii, NR* 7.1.6, *passim* (IV, pp. 180-181). Por ejemplo, en materia de *inmunidad* y frente a los agravios causados por los repartidores de pechos y tributos, los alcaldes de hijosdalgo de las Chancillerías "non solent adiri in his causis, pero viam appellationis, sed per viam simplicis querelae" (GARCÍA, *Tractatus*, gl. V, § 12, p. 95).

[31] La referencia básica en el derecho propio es COVARRUBIAS, *Practicarum*, cap. IX: "De causarum auocatione, & earum retentione, quae apud curiam quandoque sit" (ff. 35v-40v), *maxime* §§ 2-3 para el papel de la querella, que en este contexto "vero dicitur quoties causa defertur ad iudicem absque appellatione" (ff. 35v-36v); pero cfr. Francisco CARRASCO DEL SAZ, *Tractatvs de casibvs cvriae* [...] *Opvs, tam in praxi, qvam in theorica versantibus, maximè necessarium*, Matriti, Ioannem Gonçalez, 1630, *maxime* el caso 28 (*in causis denegatae iustitiae, quando inferior iudex iustitiam denegat, quia tunc superior adiri potest*), §§ 145-191 (ff. 22v-27r). Véase además SCACCIA, *Tractatus,* lib. 3, cap. 2, q. 17, ampl. 16, § 57: "quamuis superior non possit auocare causam per viam appellationis, tamen potest adiri per viam querelae" (p. 425); CANCER, *Variarum,* pte. III, cap. XII, § 262 (p. 188). No en vano Francisco Antonio de ELIZONDO, *Práctica universal forense de los Tribunales de España, y de las Indias* [...] [a partir de 1764, con sucesivas ampliaciones], t. VI, Madrid, Ramón Ruiz, 1794, pte. I, cap. I, sitúa los casos de Corte como el primero de los "recursos ordinarios" (p. 3).

[32] ELIZONDO, *Práctica,* t. VI, pte. I, cap. IV, sobre las *querellas de capítulos* (que arranca: "Apenas habrá materia, que con más freqüencia se dispute en los Tribunales Superiores, que la de *capítulos en general* [puestos por *cualquiera del Pueblo*] contra qualesquiera Magistrados, Oficiales de Concejo, República, Escribanos y otros Ministros públicos") y cap. VII, §§ 62-65, para las *querellas de exceso*, con noticia de las *de Sala* pertenecientes a este género y practicadas en la Chancillería de Granada (pp. 42-64 y 135-137).

supuesto de incumplimiento podía llevar a la avocación de la causa (con emplazamiento para resolver el conflicto mediante juicio en el tribunal)[33].

Esta diversa formalización de la querella no advino de modo legal y general, sino consuetudinario y particular, por la vía del *estilo* judicial que fue desarrollándose de modo más o menos original, pero siempre –naturalmente– en el marco de los consensos jurisprudenciales establecidos, no sólo en los distintos espacios políticos autosuficientes, sino también en cada uno de los tribunales supremos del mismo territorio. No es casual que del estilo y su fuerza, unánimemente equiparada a la de la ley, suela tratarse en este contexto, para justificar la evidente diversidad de remedios o recursos arbitrados por aquéllos, siempre mediante el tópico de la necesaria adaptación del derecho a las *circunstancias* particulares del territorio –las circunstancias *locales*–, revestido para la ocasión de uno u otro modo[34]. Es más, yo diría que cualquier intento de delimitar con precisión no hace justicia a un orden en el que la magmática acumulación [83] de los recursos que la práctica refleja, favorecía el curso de pretensiones que no tenían cauce por ninguno de los establecidos en particular, pero sí fundamento en la misma *justicia* y *equidad* que sostenía a todos ellos, al amparo de la potestad tuitiva que el rey ejercía mediante los tribunales que, por representar inmediatamente su persona, eran supremos[35].

Si no me engaño, por todas partes se adoptó, de manera más o menos particular, esta *simple querella* resuelta en un mandato provisorio de actuar conforme a derecho, por muy ajustada que era al pluralismo jurisdiccional consustancial al orden, al facilitar la concurrencia de *una* suprema jurisdicción real con las distintas jurisdicciones derivadas o inferiores, sin que la configuración de la primera como instancia última de garantía cercenase a cada paso el funcionamiento ordinario de las segundas (lo que respecto de la jurisdicción eclesiástica, que no tenía origen real, era además jurídicamente imprescindible). El esquema institucional de la simple querella, que seguía la secuencia agravio–recurso al superior–mandato provisorio para el amparo o protección, cumplía perfectamente esta finalidad, tanto que más allá de lo dicho al principio no tenía un ámbito jurídicamente predefinido y excluyente, de modo que su mayor o menor desarrollo frente a los agravios (y por tanto para el amparo de los derechos radicados en aquel orden) debió depender *prima facie* de las circunstancias

---

[33] Así, CARRASCO DEL SAZ, *Tractatvs,* en el caso 28 citado arriba: "Negligentia autem, qui requirit prius esse monendos iudices ordinarios per prouisiones, quae dicuntur monitoriae, seu incitatiuae, ante quam ab eis causae pendentes auocentur: nam si denegent iustitiam, & eam differant, & ius partibus reddere, ac ministrare sufficiet, per exhibitionem testimonii eiusdem causae, & querelae, cum exhibita auocationem, vel retentionem petere, in cuius articuli determinatione audiri debet pars aduersa, quemadmodum quando petitur retentio, quia citatur per ordinarii decreti citationis prouisionem, vulgo *dar traslado, y señalar termino para ello*" (§ 148, f. 22v).

[34] Así, p. ej., Bernardo HERBELLA DE PUGA, *Derecho práctico, i estilos de la Real Audiencia de Galicia, ilustrado con las citas de los Autores mas clasicos que lo comprueban,* Santiago, Imprenta de Ignacio Aguayo, 1768, caps. I y II, sobre el estilo: "I como el Pulpo muda colores segun el lugar adonde se pega, assi el Legislador atento, i prudente, deve variar sus mandatos, segun las Regiones a que les dirije" (cap. XIV, §§ 183-184, p. 234).

[35] HERBELLA DE PUGA, *Derecho práctico,* cap. VII, sobre la *graciosa* (o "recobración de vienes vendidos en publica subastación"), que es *remedio de equidad* cuando no cabe ninguno de los "tres remedios [que] concede el Derecho para la reposicion de los excessos de Egecutor de un pago, o otra qualquiera egecutoria, i son el de nulidad, querella, i apellacion, que en muchos casos pueden cumularse" (§ 40), y en éste "assi cumulados se auxilian, i suplen de tal manera, que constituyen actitud en todo lo que es necessario al egercicio de qualquiera de ellos" (§ 47) (pp. 70-85: 81-83). Para la práctica de otros tribunales castellanos, simplemente, Juan de HEVIA BOLAÑOS, *Curia Philipica, primero, y segundo tomo* […] [1603, 1605], Madrid, Oficina de Ramón Ruiz, 1797 (ed. facs., Valladolid, Lex Nova, 1989), pte. II, § 22, núms. 18-20 (pp. 156-157).

históricas, es decir, de la tradición forjada (que no de la legislación promulgada) en el espacio político, desenvuelta con distintos acentos por cada uno de sus tribunales superiores. [84]

Así ocurrió en Castilla, donde la práctica de la simple querella, inequívoca y abrumadoramente testimoniada cuando menos desde comienzos del siglo XIV, como quedó dicho, posiblemente estuviera en el origen de la forma diplomática de la "real provisión" y –sin negar otras posibles encarnaciones institucionales– dio lugar, si no me equivoco, a las reales *provisiones ordinarias*, así llamadas porque *se dan como se piden*, que interesan centralmente al argumento de estas páginas. La lógica de este desarrollo, que es muy clara, puede resumirse más o menos así: quien tiene un derecho, y porque lo tiene, busca la protección allí donde reside el poder dotado para concederla, mediante la expedición de una carta real de amparo, que por definición sólo puede ser librada por quien tiene la facultad de actuar como si fuese el rey y dispone de lo medios al efecto necesarios.

La documentación demuestra inequívocamente que ésta había sido la función originaria de la Audiencia castellana, a partir de la cual adquirió la condición de tribunal supremo de justicia, que terminó compartiendo –mediante una evolución que no es posible resumir aquí– con el Consejo Real. La delimitación entre ambos que por primera vez ensayaron las Ordenanzas de Medina del Campo de 1489, atribuyendo a la Audiencia y Chancillería los asuntos propios de la mayoría de justicia que habían de tratarse por vía de proceso y al Consejo el grueso de las *cosas de expediente* (o resolución de asuntos de justicia por vía de gobierno, mediante petición y sin pendencia procesal: *sine causae cognitione*), aun con diversas excepciones mutuas, no podía prosperar en aquel orden y de hecho nunca fue efectiva. Una vez tras otra, siempre que se indagó pudo constatarse que, así como el Consejo conocía por proceso, las Chancillerías libraban "prouissiones que son mas de gobierno que de justiçia" (como es ciertamente el caso de la mayoría de las ordinarias). Inherentes a la condición de tribunales supremos, estas reales provisiones ordinarias, expedidas a petición (o simple querella) de parte con derecho bastante, sin conocimiento de causa, en previsión o para la protección frente a un agravio contrario a su derecho, no eran más que la manifestación gubernativa de la mayoría de justicia que en nombre del rey ejercían los tribunales supremos: o lo que es igual, [85] por esta vía se amparaban los derechos que, en caso de pleito, eran judicialmente declarados (es decir, atribuidos a quien correspondiese).

Aunque cubren principalísimamente el campo de los agravios extrajudiciales, muy de acuerdo con su sentido podían librarse, en principio, por cualesquiera agravios, presentes o futuros y tanto públicos, ya fueran judiciales o extrajudiciales, como privados, a la mayor parte de los cuales subyace la idea de negligencia del juez ordinariamente competente (denegación de justicia), que es lo que justifica la petición en demanda de amparo (o simple querella) ante el tribunal superior. Como en toda querella, la causa es el *agravio*, es decir, que los hechos denunciados atenten (o se tema que puedan atentar) contra un derecho adquirido (*ius quaesitum*), y por esto muy a menudo estas provisiones se llaman *ordinarias ynsertas las leyes* y se dice "que conspiran à la observancia de las Leyes, Pragmáticas y Autos acordados por lo tocante al Gobierno de todo el Reyno", esto es –añado yo–, para el amparo de los derechos radicados por virtud de estas en el orden: amparo que el agraviado requiere y obtiene del tribunal mediante el libramiento de una carta real que, particularizando el dictado legal en su favor, documente el derecho *ad personam* y pueda ser opuesta por su titular al oficial que por acción u omisión atenta contra el mismo. Pero no tiene por qué ser y

de hecho no siempre es así: muchas provisiones ordinarias se dictan como resultado de un acuerdo del tribunal que decide amparar por esta vía ciertos derechos particulares aun cuando no cuenten con expreso sustento legal, que a veces llegó justamente al final del camino abierto por el *estilo*[36]. De ahí que muy a menudo reciban también el nombre de *acordadas* o *provisiones acordadas*, significando que son cartas reales cuya expedición se ha decidido previa deliberación del tribunal, para que no prevalecieran en esos casos las actuaciones contra derecho. [86]

Aunque por su propia naturaleza la tipología de estas provisiones debió de ser abierta y cambiante, pues en vía de principio la simple querella cabe siempre que pueda fundamentarse un derecho (conceptuando por ende como agravio el hecho que perturba su ejercicio), el estilo de los tribunales fue concretando las situaciones a amparar y formalizando las cartas o provisiones a librar hasta consolidar las de uso más frecuente. La relación más extensa que conozco se debe a Elizondo, que a finales del siglo XVIII contaba cerca de un centenar de provisiones ordinarias despachadas por el Consejo y/o las Audiencias[37]. Por supuesto, algunas dependen de los estilos propios de cada tribunal, como señaló muy bien Herbella de Puga en su relación (que es la más detallada) de las expedidas por la Audiencia de Galicia, pero la mayoría debían de ser comunes a todos ellos y muchas consolidaron por el uso nombres propios[38]. Si dejamos aparte las que se libraban para iniciar o en el curso del proceso, y eran por tanto despachadas con conocimiento de causa (como las cartas de emplazamiento y las de receptoría o las compulsorias), las que más propiamente se llamaban *provisiones ordinarias,* y son las que aquí interesan, eran las que habían sido acordadas para amparar a los particulares en sus derechos, bien fuese en prevención de agravio futuro (p. ej., *seguro de señor a vasallo*, *viuda honesta*, *labradores, comunes, recién casados, causa y razón*), bien para desatar el agravio causado (p. ej., *incitativa, hueco y residencia*, *fuerzas, lego y reo* o *mere* [87] *lego, autos diminutos*, entre otras), imponiendo el cumplimiento de las reglas de derecho que los sustentaban.

En cualquier caso, por lo que he podido comprobar documentalmente, el dispositivo de las provisiones ordinarias funcionaba de una manera bastante uniforme, que un buen conocedor de la práctica, destacando cómo eran *todas de vna forma,* esquematizaba así en la segunda mitad del siglo XVII para los supuestos más típicos (que eran los de “ley inserta”). Presentada una *petición* (que es la simple querella) para

---

36 Así, ej., CASTILLO DE BOVADILLA, *Política,* lib. III, cap. VIII, § 172: “es carta y provision acordada en el Consejo y Chancillerias, que se da a los Regidores, para que el Corregidor en el caso sucedido [de contradecir el segundo un acuerdo mayoritario de los primeros] se conforme con la mayor parte: aunque no se da provision general para que esto se observe en los negocios por venir” (p. 159). Para lo último, véase la nota siguiente *in fine*.

37 ELIZONDO, *Práctica*, t. VI, pte. I, cap. II: “De las provisiones ordinarias, que libran los Tribunales superiores del Reyno” (pp. 9-35). Aunque referidos sólo al Consejo de Castilla, pueden consultarse también: Antonio MARTÍNEZ SALAZAR, *Colección de memorias, y noticias del gobierno general, y político del Consejo* [...], Madrid, Oficina de Don Antonio Sanz, 1764, *maxime* cap. IX, sobre la Sala Primera de Gobierno (pp. 105-124). Para un formulario de algunas de estas provisiones, aunque sin las cláusulas más significativas, Pedro ESCOLANO DE ARRIETA, *Practica del Consejo Real en el despacho de los negocios consultivos, instructivos y contenciosos: con distincion de los que pertenecen al Consejo pleno, ó á cada Sala en particular: y las formulas de las cedulas, provisiones y certificaciones respectivas*, Madrid, Imprenta de la viuda e hijo de Marín, 1796, t. I, pp. 662-672, que además proporciona algunos ejemplos de intervenciones normativas en este ámbito.

38 HERBELLA DE PUGA, *Derecho práctico,* cap. XIV, “Sobre treinta i siete distintas Provisiones ordinarias, que se despachan en la Real Audiencia de Galicia, exornadas con circunstancias comunes a todos Tribunales, i Juzgados ordinarios” (pp. 185-241). Para la Chancillería de Valladolid, Manuel FERNÁNDEZ DE AYALA AULESTIA, *Practica, y formvlario de la Chancilleria de Valladolid* […], Valladolid, Imprenta de Ioseph de Rueda, 1667 (ed. facs.: Madrid, Lex Nova, 1998), lib. II, caps. I-III (ff. 1r-46v).

denunciar una contravención de las leyes reales sobre el asunto que fuere "y en daño y perjuicio del bien común" y propio, se suplicaba "Real prouisión ynserta" la ley que correspondiera al caso, bajo "graues penas":

> "Esta petiçión se prouee en la sala pública, donde uista el decreto es désele o dé raçón, que sse entiende mandar despachar la prouissión que sse pide ynserta la ley para que la guarde y cumpla o dé rraçón por que assí no lo deue haçer y el scriuano de cámara a quien toca este despacho lo haçe assí": dirigido a la autoridad que agravia, y tras incluir una relación de la petición... "lo qual uisto por los dichos nuestro pressidente y oydores por quanto entre las leyes destos nuestros Reynos ay vna que çerca de lo suso dicho dispone del tenor siguiente" (la ley se inserta), "fue acordado que deuíamos mandar dar esta nuestra carta para bos, porque uos mandamos que luego que con ella fuéredes requerido por parte del dicho fulano, veáis la dicha ley que de suso ba yncorporada y la guardéis, cumpláis y executéis con efecto sigún y como en ella se contiene o al pie desta nuestra carta déis raçón por qué assí no lo debéis haçer y cumplir firmada de vuestro nonbre y de escriuano que dello dé fe, para que por nos mandado ver se prouea en el casso de justiçia [...]"[39].

Aunque en algunos casos se exige al querellante que *dé razón* del agravio, lo peculiar y más común es que estas provisiones se libraran a la sola vista de la petición, con dos características que para terminar con ellas resumo: son por esto mismo, como indica [88] su nombre, *determinaciones provisionales* (Elizondo), y de aquí la estructura condicionada que presentan (introducida por la cláusula: *si así es*) y que se concreta en el reenvío del caso al causante del agravio para que actúe como demanda el querellante y conforme a las cláusulas inyuntivas que figuran en la carta (plazos, multas), con devolución al juez superior en caso contrario. Las provisiones ordinarias, y ésta es su segunda característica, no causan pendencia[40], pero comportan una suerte de emplazamiento diferido y condicionado al cumplimiento de la carta, de modo que el asunto puede devenir contencioso por la oposición al mandato regio de las autoridades llamadas a cumplirlo con ciertas formalidades (que pueden exigir su reiteración mediante sucesivas provisiones), resolviéndose al cabo en un emplazamiento que introduce la instancia para juzgar el derecho así controvertido (es decir, para resolver el caso por vía judicial, determinando si la obligación que se impone o el gravamen que se pretende es o no debido)[41]. Son, en suma, un remedio extrajudicial, que por sus propias características sólo pueden administrar los jueces.

El caso más característico de entre éstas es sin duda el de las provisiones ordinarias dictadas como consecuencia de los *recursos de fuerza* (un caso de protección o amparo de derechos especialmente importante y significativo porque opera en conflicto

---

[39] José Antonio LÓPEZ NEVOT, *Práctica de la Real Chancillería de Granada. Estudio preliminar y edición del manuscrito 309 de la Biblioteca Nacional de Madrid,* Granada, Comares, 2005, cap. 55, §§ 1-3 (pp. 341-355: 341-342; he modernizado la acentuación para facilitar la lectura).

[40] Según FERNÁNDEZ DE AYALA, *Practica,* lib. I, cap. XXII, el repartimiento de los negocios en la Chancillería de Valladolid estaba dividido en diferentes *partidos,* entre los cuales se encontraba el "Partido de prouisiones, que no causan pendencia", por el cual se repartían las siguientes *provisiones ordinarias*: deserción, remiso, incitativa, viuda honesta, elecciones de oficios, "la ordinaria para que se guarden las leyes del Reyno", cobranzas de salarios y derechos, la que se dicta para que un juez se acompañe (conforme a la ley), para que el juez sustancie y determine, de nombramiento de abogados por recusación de las justicias, de seguro de señor a vasallos, así como "todas las demas prouisiones que se mandaren despachar, para el gouierno, y politica del Reyno en todas las salas de la Chancilleria" (f. 39rv).

[41] GARCÍA, *Tractatus,* gl. V, para el caso de agravio causado por los repartidores de pechos y tributos, explica bien el papel y la singularidad de la simple querella–provisión ordinaria frente a la apelación extrajudicial y a la acusación criminal "petendo persequatores puniri" (*maxime* §§ 11-22, pp. 95-98).

con [89] una jurisdicción ajena a la real, como la eclesiástica), es decir, para conocer *de vi & violentia, quae appellantibus fieri solet per judices ecclesiasticos, non deferentes appellationibus legitimis*[42]. Perteneciente al género descrito, la provisión ordinaria de fuerza significa muy bien la cualidad que tiene y se busca *ad expediendam ordinariam*[43]: "quae, ut monitoria, & exhortatoria, non arctatoria ex nulla praecedente causae cognitione, sed solum ad simplicis partis assertionem concedatur", dando lugar a otras actuaciones si la fuerza o el agravio persiste, que pueden llevar a provocar la causa en el tribunal regio[44].

3. *La apelación extrajudicial*.

Para comprender la *appellatio extraiudicialis* bien podemos arrancar del nombre un tanto paradójico que lleva. Se llama apelación porque tiene como fundamento un *agravio*, y se dice extrajudicial porque el acto que lo motiva ha sido adoptado sin conocimiento de causa, y sólo por esto: la adjetivación extrajudicial [90] del agravio no depende en absoluto del carácter de la autoridad que agravia (magistrado o no), sino del procedimiento seguido para agraviar, que no es judicial[45]. Dicho en otros términos: no hay juez *a quo*, porque aun cuando el agraviante tenga condición judicial ha actuado extrajudicialmente. Así planteado, cuando hablamos de un agravio extrajudicial hablamos de un acto gubernativo que por atentar contra el derecho deviene a instancia de parte contencioso, es decir, plantea un conflicto jurídico que ha de ser resuelto judicialmente. Hasta entonces el caso no existe para la justicia (porque es de gobierno) y es la apelación la que provoca una mutación de su naturaleza: el juego de la dicotomía gubernativo–contencioso se desarrolla por lo demás en el campo de la apelación extrajudicial, conforme a la secuencia agravio–apelación–juicio, el cual no ha de revestir como tal ninguna particularidad. De ahí que, dándose *in causa non coepta,* la apelación extrajudicial sea en realidad, como desde un principio quedó establecido, una *provocatio ad causam* que introduce la instancia para enjuiciar por vez primera del agravio denunciado[46]. Por esto se decía tópicamente que tiene *vim citationis*, lo que al

---

42 Gonzalo SUÁREZ DE PAZ, *Praxis ecclesiastica et secularis, cum actionum formulis et actis processuum hispano sermone compositis* [1583], Lugduni, Fratres Deville, 1739, t. I, pte. I, tempus I, §§ 17-29 (pp. 25-26), de donde tomo la frase citada (§ 23, con especial remisión a *NR* 2.5.36-39); ELIZONDO, *Práctica,* I (1796), pp. 333-342; III (1796), pp. 362-400; VI, pte. II, cap. III, pp. 238-297.

43 He aquí la sucinta descripción que de la misma hace uno de sus principales tratadistas en la vastísima literatura que generó por toda Europa, SALGADO DE SOMOZA, *Tractatus*, pte. I, cap. II, §§ 81-82: "Porrecto igitur, & oblato hujus querimoniae libello in Senatu, provisio postulata, quam *ordinaria* pragmatici vocant statim expeditur, & conceditur inserta praedicto libello de verbo ad verbum, quâ exhortatur judex Ecclesiasticus, ut appellationi ab eo emissae, si legitima sit, deferat omniaque attentata post illam, aut intra tempus appellandi reponat: si autem non deferendum putaverit mittat processum originaliter, &c., quae ordinaria provisio ex simplici querela expeditur" (pp. 59-60, con otras referencias).

44 SALGADO DE SOMOZA, *ibid.*, § 95: "tamen ad effectum adstringendi, & arctandi judicem Ecclesiasticum desistere à violentia, & ut protectio, & extrajudicialis defensio per Principem praestetur, non sola libelli protectio sufficit, sed prius debet de ea (non quoquomodo, sed notoriè, & per rei evidentiam) constare" (p. 60).

45 Y esto que, aún más ampliamente, se dice extrajudicial cuando la apelación "interponitur à parte, seu à juidice extrajudicialiter procedente, & ante judicium coeptum" (SALGADO DE SOMOZA, *Tractatus,* pte. II, cap. XIII, § 20 (p. 273).

46 P. ej., SALGADO DE SOMOZA, *Tractatus,* pte. II, cap. XIV, §§ 294-295 (p. 299); ELIZONDO, *Práctica,* t. VI, pte. I, cap. VII, § 5: se dice extrajudicial la apelación "que recae sobre cosa, aún no deducida en juicio, como v. gr. del despojo, provision, ó eleccion: en cuyas circunstancias, propia, y rigurosamente hablando, se llamarán estos recursos mas bien *provocaciones* á la causa, que ha de incoarse, que apelaciones; titulándose *judiciales* las que se formalizan por algun gravamen irreparable, que ocasionen las sentencias [...]" (p. 100).

efecto significa que, deducida como una petición o querella, da lugar a una carta de emplazamiento para juzgar en primera instancia el caso planteado.

Ahora bien, atrapada por el *nombre* (si quiere decirse así) la jurisprudencia construye la *cosa* en contraste con la apelación propia o judicial, porque ésta es su *sedes materiae*, destacando las similitudes y marcando sobre todo sus diferencias. A las alturas [91] del siglo XVII, Segismundo Scaccia compendió en su tratado sobre la apelación la elaboración jurisprudencial precedente, señalando once “differentias inter appellationem iudicialem, & appellationem extraiudicialem”, como las dos principales especies de apelación[47]. Por si hiciera falta, añadiré que esta construcción jurisprudencial es en todo caso decisiva (en la práctica, se entiende), porque la apelación extrajudicial carece de una regulación general en el derecho propio (al menos de Castilla): cuando se dan, las intervenciones normativas regias presuponen este derecho y vienen todo lo más a introducir algunas correcciones, especialmente ciertas habilitaciones e inhabilitaciones para conocer (es decir, algunas reglas particulares de competencia)[48]. A partir de esta misma sustancia jurídica, por otra parte, seguramente el estilo de los tribunales dio forma a las apelaciones contra *ciertos* actos extrajudiciales, dotándolas de nombre y características propias (como el recurso de *retención de gracias* en el Consejo, al que me referiré luego).

Con este trasfondo, cuatro son los problemas principales a considerar. (i) En primer lugar, ¿quién es el juez (*ad quem*) de la apelación? Depende. Si el agravio es causado por actuación extrajudicial del juez ordinario, indudablemente la apelación ha de interponerse ante el tribunal superior que corresponda según las reglas de competencia, que para estos casos son en Castilla, con [92] carácter general, el Regimiento respectivo o las Audiencias o el Consejo Real[49]. La jurisdicción del primero, siempre y sólo civil, viene delimitada por la cuantía del pleito: inicialmente establecida por la ley de Toledo (1480) que la introdujo en 3000 mrs., ascendía al final del período a 30000 mrs., siempre que la ciudad o villa estuviera a más de ocho leguas de distancia de la Audiencia correspondiente y a prevención con los jueces de ésta en caso contrario[50]. Merece la pena destacarlo, porque seguramente la actividad judicial desarrollada por los regimientos al amparo de aquella ley (esto es, como instancias de apelación) se nutría en muy buena medida de estas apelaciones, las interpuestas contra las actuaciones gubernativas del corregidor o alcaldes ordinarios y demás autoridades del municipio[51]. Por lo demás, para los pleitos de cuantía superior a la señalada, la

---

47 SCACCIA, *Tractatus*, lib. 3, cap. 2, q. 2, art. III, §§ 32-46 (pp. 10-13), especialmente a partir de la autorizadísima exposición del Panormitano.

48 Sentado que una de las diferencias entre la apelación judicial y extrajudicial es que la primera incuestionablemente es *licita* en ambos derechos, mientras que resulta controvertido que la segunda sea lícita *de iure civili* (SCACCIA, *Tractatus*, lib. 3, cap. 2, q. 2, § 45 y q. 17, ampl. 13, §§ 35-41: pp. 13 y 422), los autores catalanes y aragoneses justifican la práctica de sus territorios en la vigencia preferente tras el derecho propio del *ius canonicum* sobre el *ius civile* (CANCER, *Variarum,* pte. I, cap. XVII, §§ 1-4: p. 303; Cristóbal CRESPI DE VALDAURA, *Observationes illustratae decisionibus Sacri Supremi Regii Aragonum Consilii* [...], Lugduni, Hugonis Denovally, 1677, pte. I, obs. V, § 286: I, p. 111), mientras que los castellanos, hasta donde yo sé, guardan silencio al respecto.

49 En general, SALGADO DE SOMOZA, *Tractatus,* pte. II, cap. XIV, § 296 (p. 299).

50 *NR* 4.18.7, 18-19; [Juan ACEDO Y RICO] CONDE DE LA CAÑADA, *Instituciones prácticas de los juicios civiles, así ordinarios como extraordinarios, en todos sus trámites, segun que se empiezan, continúan, y acaban en los Tribunales reales,* t. I, Madrid, Oficina de Don Benito Cano, 1794, pte. II, cap. II, § 76 (p. 262).

51 Para conocer la práctica seguida, debe estarse a CASTILLO DE BOVADILLA, *Política*, lib. III, cap. VIII, § 183-284 (II, pp. 162-193), del que en general dependen las exposiciones posteriores. Pero cfr. ELIZONDO, *Práctica,* VI, pte. I, cap. VII, n. 44, sobre la apelación de “las causas de menor cuantía sobre observancia

delimitación entre las atribuciones de las Audiencias y el Consejo en este punto fue siempre problemática y estuvo sujeta a distintas alternativas, no siempre favorables al segundo ni mucho menos (Garriga, 1994: 353-355), y probablemente en la práctica dependiera más que nada de la elección y de las posibilidades del apelante. Comoquiera que sea, aparte estas reglas generales de competencia, caben aquí, por supuesto, toda suerte de regímenes especiales, como los que afectaban a las ciudades que eran Corte (en beneficio de las Chancillerías: Garriga, 1994: 340-346, 358-361) o el muy particular de Sevilla, que tenía por privilegio desde que a mediados del siglo XVI se cons[93]tituyera definitivamente su Audiencia que las apelaciones del asistente y ayuntamiento de la ciudad en asuntos de policía y gobierno se interpusieran para ante el Consejo Real[52].

En cambio, si el agravio no fue causado por el magistrado, sino por otras autoridades, hay que pensar, como afirma la jurisprudencia, que sería juez del pleito el ordinario en el lugar: de ahí que se recomendase a los corregidores no implicarse en exceso en las deliberaciones y votaciones de los regidores, preservando su "libertad para ser juez en lo que sobre ellos se apelare y ventilare ante él"[53]. Entra aquí en juego la doble condición –por así decir– del corregidor (o alcalde ordinario), que actúa tanto "en las audiencias en los negocios contenciosos, como en el Regimiento en los de governacion", condicionado en cada caso por las exigencias propias del campo respectivo: "No es de olvidar en esta materia, que no embargante que el Corregidor se aya conformado en el Ayuntamiento con la mayor parte de los Regidores, ò en igualdad de votos dado su parecer, podra despues ventilandose la causa ante el en justicia, por apelacion o en otra manera, proveer lo contrario: y en este caso la apelacion tiene efecto devolutivo, y no suspensivo: y no se considera el numero de la mayor parte, sino la autoridad y [94] dignidad, y el mas sano voto y consejo"[54]. Justicia y gobierno: dos naturalezas y otros tantos procedimientos, cada uno regido por su propia lógica.

(ii) Mucho más problemático me parece determinar quiénes eran las partes del pleito, que es uno de los puntos más decisivos para lo que aquí importa. La interposición de la querella o apelación funda una relación jurídico procesal para juzgar en primera instancia el agravio inferido, ¿entre quiénes? Está claro que tratándose de asuntos de gobierno, que atañen por definición al *bien común*, parece –y así se dice– que cualquiera que en este concepto se vea afectado por la medida o decisión está legitimado para apelar y no sólo los que pretendan defender un interés particular: "No solo la parte á quien toca particularmente lo proveído por el Cabildo, lo puede contradecir, sino tambien qualquiera del pueblo, á quien toca generalmente, como uno

---

de las Ordenanzas de qualesquiera Pueblo [...]; como v. gr. acerca de las penas impuestas al ganado, que quebranten los términos, ó daño á tercero, y otros semejantes de puro gobierno" (pp. 125-126).

[52] Para los detalles y algunas excepciones, ESCOLANO, *Práctica*, t. II, cap. VI, pp. 38-40. Desde 1593: "pero que si se apelase [de lo proveído por la ciudad en negocios de gobernación, no por veinticuatro, jurado "ú otra persona como uno del pueblo", sino] por alguna persona por su propio y particular interes, entonces conociese la audiencia". Se tramitaban en el Consejo como los demás pleitos de justicia.

[53] CASTILLO DE BOVADILLA, *Política*, lib. III, cap. VIII, § 66 (II, p. 109). HEVIA BOLAÑOS, *Curia*, pte. I, § 1, núm. 30: "Puedese contradecir lo proveído por el Cabildo; ó apelando al Rey, ó Superior, ó por simple querella, ó contradiccion, que se haga ante el Corregidor, y Justicia, el qual la puede hacer, y executar sobre ello, con conocimiento de causa, oídas las partes; aunque no se interponga apelacion, porque no se pase en cosa juzgada; así lo dice una ley de la Recopilacion (7.1.6), y en ella Acevedo. Y lo que es mas digno de notar, que aunque el Corregidor haya confirmado lo hecho por el Cabildo, mayor ó igual parte de él, puede despues, ventilandose la causa ante él en justicia, proveer lo contrario de lo que antes habia confirmado: como lo resuelve Francisco Marco, y Pisa; porque no se considera el número de la mayor parte, sino la autoridad, y dignidad del oficio, y el mas sano voto, y consejo" (p. 7).

[54] CASTILLO DE BOVADILLA, *Política*, lib. III, cap. VIII, §§ 171 y 180 (II, pp. 159 y 161).

de él, por lo que toca al bien comun, aunque sean elecciones, y otras cosas graves, y es parte legítima para ello”[55]. Frente al apelante, al título que sea, la otra parte ha de ser quien infiere el agravio o se beneficia del acto o decisión denunciada, puesto que tratándose de un pleito (en primera instancia) no es directamente esto lo que se enjuicia, sino las pretensiones encontradas en torno al acto o decisión que una parte contra otra considera lesiva para su derecho. Así, por ejemplo, en el caso de recurso contra los acuerdos del ayuntamiento adoptados por mayoría las par[95]tes del pleito introducido por la apelación son la mayoría de regidores que decidió y la minoría que se opuso: “La menor parte de los Regidores, que no pudo salir con su intento, ò el procurador general, jurados, ò sesmeros, que contradixeren lo acordado por la mayor parte, han de proseguir su contradicion ante el superior: y aunque no apelen [...] no por esso dexaran de ser admitidos, porque basta la dicha contradicion: ni se revocara por atentado lo inovado, por haber sido actos extrajudiciales pero si se hiziesse judicialmente, seria necessaria apelacion” (o sea, por vía de gobierno o de justicia)[56].

Y esta misma ha de ser la solución cuando se apela contra un acto extrajudicial del juez, que visto con liberales ojos puede ser el punto más problemático y era sin embargo plenamente coherente en aquel orden: parte del pleito será el mismo juez que actuó extrajudicialmente si lo hizo de oficio y el favorecido por su actuación si actuó a instancia de parte[57]. Es de suponer además que tanto en el Consejo como en las Audiencias interviniese el procurador fiscal en representación de la *cosa pública*, justamente para defender el *bien común* que el acto que motiva la apelación quiere realizar, al menos cuando no hubiese otro particular beneficia[96]do por el mismo (e interesado por tanto en la defensa de su derecho)[58]. Comoquiera que fuese, no se trataría en ningún caso de que el fiscal llevase la representación de un aparato personificado (que como tal no existe), sino la *voz pública* en defensa del bien que se entiende común (Arrieta, 1994: 409-436, para la práctica seguida en el reino de Aragón).

---

[55] HEVIA BOLAÑOS, *Curia,* pte. I, § 1, núm. 29: “y saliendo con victoria puede cobrar del Concejo las costas; como consta de unas leyes de Partida, y Recopilacion, y alegando otros, lo trae Castillo”, con referencia a *P* 7.1 (*sic*), *NR* 7.1.5, CASTILLO DE BOVADILLA, *Política*, lib. III, cap. VIII, § 62 [II, p. 132] (p. 7). SANTAYANA, *Gobierno político*, cap. III, § 13: “Cualquiera del pueblo es parte para contradecir lo resuelto en Ayuntamiento, como interesado en la causa pública. A este fin asisten a ellos los procuradores generales o síndicos, los sexmeros o cuartos; y si venciesen en la causa, cobrarán del común las costas. Puede contradecirse recurriendo al Consejo Supremo de Castilla o al corregidor. Este, oyendo las partes, les administrará justicia, aun determinando lo contrario de lo que votó, si aquélla lo dicta” (p. 32).

[56] CASTILLO DE BOVADILLA, *Política*, lib. III, cap. VIII, § 175 (II, p. 160).

[57] He aquí un ejemplo: carta de emplazamiento de la Audiencia de Granada, librada por Real Provisión de 28 de septiembre de 1510, a petición de Juan de Carmona, como procurador de la villa de Quesada, “en grado de apelaçión, nulidad e agrauio [...] de çiertos mandamientos” pronunciados por el lcdo. Antonio de Zurita, teniente de corregidor de la ciudad de Úbeda, para que sus partes “rreparasen los adarves de la dicha villa a su costa, de los propios della, e que no pagasen a los que matasen lobos en término de la dicha villa çient mrs. por cada vno, e otro tanto por cada lovera que fallasen”. La carta de emplazamiento es para el juez citado “sy en la dicha cabsa proçedistes de vuestro ofiçio a non a pedimiento de parte”, con plazo de diez días, para comparecer por sí o mediante procurador, “en seguimiento del dicho pleito e apelaçión, e a dezir e alegar qualquier guarda de vuestro derecho”. “E sy en la dicha cavsa no proçede ser de uuestro ofiçio saluo a pedimiento de parte, por esta mi carta mando a la persona o personas a cuyo pedimiento procede ser que dentro del dicho término” comparezcan para igual fin, etc. (Juan de Mata CARRIAZO Y ARROQUIA, *Colección Diplomática de Quesada,* Jaén, Instituto de Estudios Giennenses, 1975, pp. 185-187).

[58] Así, relatando el estilo de la Chancillería de Granada, decía ELIZONDO, *Práctica,* t. VI, pte. I, cap. VII, § 44: “no corresponden, ni deben llevarse a los consistorios, y sí traerse a la Chancilleria las causas de menor cuantía sobre observancia de las ordenanzas de qualesquiera pueblos [...]; como *v. gr.* acerca de las penas impuestas al ganado, que quebranta los términos, o daña a tercero, y otros semejantes de puro gobierno, que se deciden por apelación en nuestro Tribunal siempre con audiencia fiscal, viniendo los procesos originales, hecho el pago de la pena, y costas, y no de otra suerte” (pp. 125-126).

(iii) La jurisprudencia debate, en tercer lugar, qué efectos tiene la apelación extrajudicial: obviamente por éste su carácter no puede tener efecto devolutivo en sentido propio y se plantea como problema si y en qué casos tiene efecto suspensivo. La regla general de derecho es clara: mientras que pendiente la apelación judicial toda innovación (*omnia gesta*) es revocada por vía de atentado, "secus est in appellatione extraiudiciali, quia regula est, quod gesta, appellatione extraiudiciali pendente, valent, & non sunt nulla, aut attentata", con una restricción también general, relativa a cuanto fuere contra la misma apelación, cuyo alcance quedaría obviamente a la determinación arbitraria de los jueces[59]. Aunque es obvio que tras esta formulación general caben muchos casos particulares, algunos de los cuales fueron legalmente determinados y todos ampliamente debatidos por la jurisprudencia, importa destacar sobre todo que aquí el proble[97]ma fue afrontado por una y otra vías de forma mucho más matizada[60].

Una de las pocas reglas generales que conoce el derecho propio de Castilla en la materia fue formulada por una célebre Pragmática dictada en Toledo en 1502, para que "los oydores antes que yniban ni manden sobreseer en las apelaciones que se interpusieren de los corregidores y justicias sobre cosas que concernieran a la governación o quexas que dellos se diere: manden a los tales corregidores o justicias que les enbien la razon que les movió a facer lo que ficieron"[61]. Contra lo que a veces se dice, no se concede entonces atribución alguna: antes al contrario, me parece obvio que, dando por supuesta la jurisdicción para conocer de las apelaciones interpuestas contra los mandamientos dictados por los corregidores y justicias de los concejos en materias de gobierno de las ciudades, villas y lugares, la ley interviene en esta vía de recurso para moderar los perjuicios que su uso indiscriminado pudiera causar al buen regimiento de la república: las Audiencias debían examinar con mucho miramiento las causas de gobernación que recibieren por vía de *apelación* o *nulidad* o por *simple querella* antes de proceder a la suspensión y apertura de proceso (mediante inhibición o sobreseimiento), reclamando la razón del negocio a las autoridades correspondientes, [98] con explicación de la causa que tuvieron para actuar como lo hicieron: "e despues de ser informados dello, e oydas las partes proueays lo que os paresciere justo, auiendo consideracion al bien publico"[62].

Como resulta de sus comentaristas, la ley de Toledo, que pasó a la *Nueva* y después a la *Novísima recopilación* y fue siempre la regulación básica en la materia, de ninguna manera impone la ejecución de los actos de gobierno –digamos, municipal– sin

---

[59] Y la razón es clara: "quia appellatio iudicialis etiam in vno articulo suspendit iurisdictionem iudicis in totum, & quoad totam causam, & ex quo iurisdictio est suspensa in totum, ideo est, quod attentata reuocantur; secus in appellatione extraiudiciali, cum ibi non sit suspensa iurisdictio, ex quo extraiudicialiter proceditur, propter hoc est, quod non reuocatur, nisi id solum, quod esset factum in grauamen appellationis, & sic contra appellationem". SCACCIA, *Tractatus,* lib. 3, cap. 2, q. 2, §§ 35-37 (p. 11).

[60] Cfr. COVARRUBIAS, *Practicarum,* lib. I, cap. XXIV ("Rursus de reuocatione attentatorum tractantur multa", ff. 117v-121r, que es el texto de referencia), § 5: "in appellatione extraiudiciali attentata ea pendente non reuocantur ante omnia, sed pendent ex futuro euentu: quia reuocantur cum probata fuerit vera causa appellandi" (f. 119r); ELIZONDO, *Práctica,* t. VI, pte. I, cap. VII, §§ 14-38 (pp. 104-121).

[61] Pragmática Toledo, 26.VII.1502, que trata de evitar los perjuicios causados a las ciudades, villas y lugares por las apelaciones indiscriminadas en esta materia "dela gouernacion [...] e cerca delas tasas delos mantenimientos, e dela guarda delas ordenanças [...], e delas cosas que cada dia se ordenan concernientes al buen regimiento del pueblo: e cerca de las lauores, e linpieza delas calles, e cuentas e gastos delos propios, e otras semejantes cosas" (*Libro de las Bulas y Pragmáticas de los Reyes Católicos*, ed. facs. [de la prínceps: Alcalá de Henares, Lançalao Polono, 1503] con prefacio de Alfonso García-Gallo y Miguel Ángel Pérez de la Canal, Madrid, Instituto de España, 1973], ff. 85v-88v: 86r).

[62] "Ca quando las cosas desta calidad –concluye– son de poco perjuyzio: siempre se deue mucho mirar lo que paresciere que conuiene al bien comun" (*ibid*., f. 86r; GARRIGA, 1994: 353-355).

embargo de la apelación[63]; como sí que determinaron expresamente otras disposiciones posteriores y particularmente relativas a ciertas actuaciones extrajudiciales, conforme a las cuales no tenía efecto suspensivo, por ejemplo, la "apelacion de lo acordado en ayuntamiento de regidores en los lugares, en que hay costumbre en Castilla de apelar á dicho cabildo de los alcaldes ordinarios" (*NR* 4.18.7), ni la de "condenaciones por ordenanzas sobre tratos relativos á mantenimientos hasta en quantía de mil maravedis", entendiendo que "como las multas suelen recaer en materia de economia y policía, la apelacion de las sentencias sobre cosas económicas y políticas casi nunca tiene efecto suspensivo"[64]. Esta debió de ser la tendencia que fue abriéndose paso, de manera que a las alturas de finales del siglo XVIII el Conde la Cañada entendía que la ley de 1502 imponía la "execucion de las providencias que tocan al gobierno y tranquilidad de los pueblos, y prohibe se suspendan por las apelaciones ó inhibicion de los Jueces superiores"[65]. Para entonces, a partir de los casos debatidos por los juristas o decididos por las leyes reales, se buscaban reglas generales, como ésta tan poco decisiva que al efecto proponía el mismo Conde: [99]

> "Para facilitar un conocimiento sencillo de las causas, que por su naturaleza ó por accidente no admiten apelacion suspensiva, me ha parecido establecer una regla por donde se podrán resolver las dudas, que se exciten en los casos particulares sobre el artículo de admitir las apelaciones en el efecto devolutivo solamente ó tambien en el suspensivo. Consiste la enunciada regla en pesar el agravio respectivo á las partes y al público; y si fuese mayor el que padeceria la parte apelante, y el que trascenderia al mismo tiempo al público si no se le admitiese la apelacion en el efecto suspensivo, se debe deferir á ella en los dos efectos; y si la parte, á cuyo favor está dada la sentencia, se expusiese á mayor perjuicio por la suspension, ó fuese trascendental á la causa pública, cesará en estos casos la apelacion suspensiva, y tendrá lugar únicamente en el efecto devolutivo"[66].

Y es que la cuestión no debía depender tanto de lo que fuese legalmente preceptuado cuanto jurisprudencialmente consensuado y judicialmente dispuesto, y de la misma prudencia de la autoridad gubernativa causante del agravio, que hay que suponer obligada a reparar los perjuicios que su decisión –llegado el caso de ser judicialmente declarada injusta– hubiera indebidamente causado. De ahí que aquellas ansiaran que sus actos gubernativos fuesen declarados inimpugnables.

(iv) Y ésta es la última cuestión, que forma "disputa muy empeñada entre los Escritores prácticos"[67]. En vía de principio, la respuesta es muy clara: "puede haber apelacion de qualquiera gra[100]vamen extrajudicial, como consta de todos los autores [...], militando a favor de esta apelacion las mismas razones, que por la judicial"[68]. Que

---

[63] *NR* 2.5.53-54, que es la citada y pasó a *NoR* [=*Novísima Recopilación de las Leyes de España* (1805)] 7.3.5. Cfr., p. ej., AZEVEDO, *Commentarii, NR* 7.1.8, gl. "Se deva mandar guardar o confirmar", que refiere la literatura anterior (pp. 182-184); ELIZONDO, *Práctica,* t. VI, pte. I, cap. VI, § 4 (pp. 83-84).
[64] Cfr. DOU, *Instituciones,* lib. III, tít. II, cap. XI, sec. III, art. III, §§ 50, 52, 59-60 (VI, pp. 347-349, 351); e *infra* nota 78.
[65] CONDE DE LA CAÑADA, *Instituciones*, pte. II, cap. II, § 49 (p. 253).
[66] CONDE DE LA CAÑADA, *Instituciones*, pte. II, cap. II, §§ 38-66: 46 (pp. 249-259: 252).
[67] ELIZONDO, *Práctica,* t. VI, pte. I, cap. VII, § 6: "[...] puede apelarse de todo acto extrajudicial? Nosotros distinguimos á éste perfecto, y acabado, ó imperfecto, y solo comenzado, dando en el primer extremo, al que padezca algun agravio, el auxilio de todos los interdictos restitutórios, para deshacer lo hecho indebidamente; y compitiendo en el segundo el remedio de la apelacion, que ha de interponerse expresa, y especialmente, ó por el mismo, que siente el perjuicio, ó por otro qualesquiera tercero, el qual pueda executarlo por su interés" (p. 101).
[68] DOU, *Instituciones*, lib. III, tít. II, cap. XI, sec. III, art. III, § 1 (VI, p. 328).

a partir de aquí pueda haber actos de aquella naturaleza que sean inimpugnables por esta vía se resuelve jurisprudencialmente debatiendo cuáles de entre ellos pueden causar agravio y cuáles no, principalmente a propósito de los futuros, o sea, sobre la posibilidad de apelar *a gravamine de futuro*[69]. Merece la pena recordarlo, sin necesidad de entrar en más detalles, para destacar que, en línea de principio, son recurribles –en la medida que pueden causar agravio– cualesquiera actuaciones públicas extrajudiciales: ya sean singulares o tengan carácter normativo (como las ordenanzas de gobierno, ya lo hemos visto), ya sean gubernativas o graciosas (como las cédulas de la Cámara[70]), ya sean debidas a las ínfimas autoridades municipales o al mismo rey (en la persona de su *alter ego*, el virrey). [101]

El problema podía plantearse y ya sabemos que fue planteado muy pronto en América, precisamente a propósito de las apelaciones de los *autos de gobierno* del virrey (o gobernador y capitán general) para ante la Audiencia. Como se recordará, desde la segunda mitad del siglo XVI había quedado claramente establecido: *Que los que se agraviaren de lo que el Virrey, ò Presidente proveyere en govierno, puedan apelar para la Audiencia,* en los términos finalmente consolidados por la *Recopilación* de 1680:

> "Declaramos y mandamos, que sintiendose algunas personas agraviadas de qualesquier autos, ó determinaciones, que proveyeren, ó ordenaren los Virreyes, ó Presidentes por via de govierno, puedan apelar á nuestras Audiencias, donde se les haga justicia, conforme á Leyes y Ordenanças: y los Virreyes y Presidentes no les impidan la apelacion, ni se puedan hallar, ni hallen presentes á la vista y determinacion destas causas, y se abstengan de ellas"[71].

Como explicaban los comentaristas, *por vía de gobierno* "se entiende en las materias de govierno que se reduzcan á justicia", es decir, que devienen contenciosas a instancia de la parte agraviada en su derecho por la resolución gubernativa[72]. Quedó así instalada una dinámica sumamente conflictiva, impulsada por la pretensión gubernativa,

---

[69] SALGADO DE SOMOZA, *Tractatus,* pte. II, cap. XIV, § 297: "quo, scilicet, quis timet gravari". No es necesario tampoco (§ 298) que la causa sea "vera et legitima, prout in judiciali", sino tan sólo "verisimilis et probabilis" (p. 299).

[70] No ignoro que las suplicaciones contra las cédulas despachadas por la Cámara de Castilla en perjuicio de parte, cuyo conocimiento estaba expresamente atribuido desde Carlos V al Consejo Real, con efecto suspensivo y por vía de pleito, terminaron por dar forma al llamado recurso de *retención de gracias* (*NR* 2.4.11; ESCOLANO, *Práctica,* t. II, cap. XXXI, pp. 178-190; DE DIOS, *Gracia* (1993), pp. 408-414); pero era equiparado a las apelaciones de los autos de gobierno de los virreyes y pertenecía por tanto al género de las apelaciones extrajudiciales: véase la carta remitida desde la Corte a la Audiencia de México en 1552, referida por ESCALONA, *Tratado,* gl. II, § 16 (p. 108); y Juan de SOLÓRZANO PEREIRA, *De Indiarum Iure, sive de iusta Indiarum Occidentalium Gubernatione, tomus secundus* […], Lugduni, Laurentii Anisson, 1672*,* lib. IV, cap. III, § 39 (p. 767); ÍD., *Política indiana* […], *corregida, é ilustrada con notas por el Licdo. D. Francisco Ramiro de Valenzuela,* 5 vols., Madrid, Atlas (BAE), 1972 (que reproduce la ed. de Madrid, Imprenta Real de la Gazeta, 1776, 2 tomos), lib. V, cap. III, § 29: "de todas las cosas que los Virreyes y Governadores proveyeren á título de govierno, está ordenado que si alguna parte se sintiere agraviada, pueda apelar y recurrir á las Audiencias Reales de las Indias, así como en España se apela y recurre al Consejo de Justicia de lo que se provee en el de la Cámara. Y allí son oídos judicialmente los interesados, y se confirman, revocan y moderan los autos y decretos de los Virreyes y Governadores. A quienes estrechamente está mandado que por ningun modo impidan ó estorven este recurso" (IV, p. 47). A fin de cuentas, tanto los unos como las otras representan al rey como gobernador y como juez, figuras que se jerarquizan para que prevalezca la justicia sobre el gobierno.

[71] *RI* 2.15.35, con remisión a *RI* 5.12.22.

[72] Así interpreta estas palabras, p. ej., AYALA, *Notas*, *RI* 2.15.3 (II, p. 178); o como había dicho SOLÓRZANO, *Política*, lib. V, cap. XIII, § 40: cabe apelación de los autos y decretos virreinales a las Audiencias "en haviendo parte que lo reduzca á justicia contenciosa y de ello se sintiere y mostrare agraviado" (IV, p. 227).

esgrimida con uno u otro título por las autoridades correspondientes, de declarar ciertos actos como de *mero gobierno*, insusceptibles como tales de devenir contenciosos, es decir, inapelables ante la Audiencia. A nadie sorprenderá que aquel orden jurídico de configuración jurisprudencial nunca llegase a determinar *ex lege* (*i. e.,* de modo general y previo) cuáles fueran estos casos, y sólo aquellos supuestos en los que las pretensiones o expectativas de las partes muy difícilmente po[102]dían articularse como derechos fueron expresamente declarados inapelables[73].

En este contexto, siempre conflictivo, el virrey del Perú conde de Chinchón encomendó en 1632 al jurista Gaspar de Escalona y Agüero (que llegaría a oidor de la Audiencia de Santiago de Chile) un "Informe sobre las apelaciones de el Superior Gobierno a las Reales Audiencias" para determinar qué casos de gobierno eran inapelables ante éstas, es decir, con terminología que comienza a abrirse paso, para enuclear los casos de *mero* o *puro gobierno*. El jurista acometió la tarea con las mayores cautelas, habida cuenta que "de todos los autos y casos de Gobierno hay apelación regularmente como queda fundado". Pues bien, la única respuesta "categorial" que puede encontrarse en su *Informe* no pasa de ser una mera descripción formal, que dejaba sin resolver el problema de fondo:

> "Casos de puro ó nudo gobierno son los que se ejercitan con las industria y arbitrio de solo el Gobernador, donde tienen su origen y acabamiento, y son mas de hecho personal é inseparable que de derecho, á diferencia de los casos de gobierno sin esta calidad, que aunque nacen en el arbitrio del Gobernador, degeneran facilmente á caso de derecho y justicia mediante la queja y perjuicio del ya adquirido á la parte"[74]. [103]

Dice mucho de la configuración de aquel orden la estrategia que adopta Escalona para llegar a concretar cuáles sean estos casos: aquellos que, declarados como tales por el virrey o presidente en calidad de gobernador y uso de sus facultades, fueron efectivamente confirmados como inapelables por el rey, "de donde se colige que solo los casos expresados en cédulas de cuyo conocimiento está la Audiencia inhibida se dirán de mero gobierno, ó los que declarare por tales el señor Virrey mediante la duda y competencia en el entre tanto que su Magestad avisado como debe no determine otra cosa"[75]. O lo que es igual, añado yo: *no es que la Audiencia resulte inhibida en los casos de mero gobierno, sino que son de mero gobierno aquellos casos en los que la Audiencia resulta inhibida.* Sentado esto, importa menos seguir el razonamiento de Escalona, ocupado desde aquí en inducir una *regla* comprensiva a partir de las escasas disposiciones inhibitorias particulares acumuladas[76], y más poner de manifiesto que

---

[73] *RI* 2.15.34, basada en cierta disposición dictada por Felipe IV, en Madrid, 1.X.1624, con remisión a *RI* 5.12.24: "Ley xxxiv. Que los Presidentes Governadores en cosas de gracia y oficios, provean solos: y en las de Govierno, reducidas à Iusticia, puedan las partes apelar para sus Audiencias. Todas las materias de gracia, y provisiones de oficios, y encomiendas, donde las huviere, y facultad introducida de proveerlas, tocan á los Presidentes Governadores, como en los Virreyes está dispuesto: y no ha de haver recurso á las Audiencias en que presidieren; pero en las materias de govierno, que se reducen á justicia entre partes de lo que los Presidentes proveyeren, si las partes apelaren, han de admitir las apelaciones á sus Audiencias".

[74] ESCALONA, *Tratado,* gl. III, §§ 23 y 25-26; y en el § 27: "Cuales y cuantos son aquellos no me atreveré yo á distinguir por ser el escollo aun de mayores caudales y talentos", relatando cómo todos los virreyes han ansiado una ley declaratoria, y transcribiendo (§ 28) el célebre párrafo de la carta regia a Francisco de Toledo (27.II.1575) sobre materia "de suyo tan dudosa y encontradiza", citado páginas atrás (pp. 114-116).

[75] *Ibid.*, § 29, tras constatar que "no es posible circunscribirlos ni numerarlos" *a priori* (p. 116).

[76] He aquí, en cualquier caso, un apretado resumen: (i) *unos que son privativamente del gobierno y disposición del señor Virrey, por mirar á la universal dirección y enmienda del gobierno político y económico* (como las ordenanzas y autos generales que dicta en el ejercicio de sus facultades, salvo si

nunca se alcanzó ninguna solución general al respecto (definitoria del *puro* [104] *gobierno*), que hubiera sido extraña a aquel orden jurídico, pero sí se determinó desde fecha muy temprana y en forma reiterada el procedimiento a seguir para alcanzar soluciones particulares: si, como vimos páginas atrás, al gobernador corresponde decidir, en último término, qué cosas son de gobierno (y no de justicia), la Audiencia tiene la *calificación del grado,* tanto para determinar cuáles de entre ellas por no afectar a derechos adquiridos o radicados son inapelables (es decir, *de mero o puro gobierno*), como para decidir la admisión en uno o ambos efectos, o sea, si la interposición del recurso suspende o no la ejecución del decreto o la providencia gubernativa[77]. Interesa destacarlo porque, como enseguida veremos, esta parece haber sido la línea seguida aquí por el llamado "reformismo borbónico".

4. *Sobre el juicio de residencia, la pesquisa y la visita.*

A estas alturas de la exposición debe estar claro que el orden tradicional no permitía delimitar, o sólo muy imperfectamente, entre el recurso contra el acto (fuera judicial o extrajudicial) y la *querella* contra su autor (fuera cual fuese su condición pública), como el mantenimiento de este mismo nombre con ese doble significado parece revelar, tendiendo tanto aquél como ésta –recurso y querella– a plantearse como un conflicto entre el agraviado y el agraviante en torno al derecho del primero lesionado por el acto del segundo, en una composición que es válida incluso para el más formalizado de todos los recursos, que es la apelación judicial. La delimitación entre ésta y la responsabilidad del *iudex iniuste iudicans* siempre fue muy problemática y nunca llegó a ser perfecta en aquel orden, por la sencilla razón de que la actuación *extra officium* (es decir, contra derecho) reducía al juez a la condición de persona *privada*, sujetándolo a las reglas comunes de la responsabilidad por culpa y dolo. A las puertas del siglo XIX, recordaba todavía Elizondo que, salvo en [105] el caso de que el litigante no haya tenido justa causa de apelar, los tribunales supremos sentencian a resultas del recurso lo principal "sin que del primer juicio revocado deba pagar costas algunas de las Partes, acostumbrando nuestra Chancillería condenar en ella al Juez de la primera instancia, quando de los mismos autos resulta la injusticia de la determinacion; mandándole restituir al Cartulario las que haya llevado"[78].

Pues bien, el problema queda por completo disuelto y la conmixtión consumada en los casos de querella directamente intentada contra el oficial, bien fuera durante el ejercicio del oficio, que tenía la consideración de *caso de Corte* y seguía el esquema señalado antes para todos éstos a propósito de la simple querella[79], bien al final del

---

puede conjeturarse "ser más en odio especial de alguna persona, que en mejoría o dirección del bien público y universal", o se hicieren en fraude de las leyes y contra las cédulas y pragmáticas reales); (ii) *otros porque dependen de la mera gracia y merced del gobernador, regulada por su arbitrio y elección* (como la provisión, suspensión y privación de corregimientos –pero no así las *mercedes de encomiendas*, repartidas "en concurso y oposición de beneméritos, con edictos, donde está permitido el apelar conforme a una cédula"–, el repartimiento y la privación de indios a minas, obrajes y otros servicios, o las tasas de tributos, poblaciones y reducciones de indios); (iii) *y otros en que por la importancia de la presta y permanente ejecución en que no puede haber derecho de parte ni perjuicio considerable que la exceda, no tocan á la Audiencia ni en ellos puede haber justificada apelación* (como la restitución que procede *de hecho*, siempre que la Corona sea así despojada de su Real Patronato, o la privación de beneficios debidamente realizada y por *justa causa*) (*ibid*., §§ 31-46: pp. 117-127: 117, 120, 121 para las citas).

77 *RI* 5.12.24, entre otras.

78 ELIZONDO, *Práctica*, t. VI, pte. I, cap. VII, § 60 (p. 134).

79 Cfr., especialmente, CARRASCO DEL SAZ, *Tractatvs*, concebido como una interpretación de *NR* 4.3.9, *maxime* casos 15-31. También, HEVIA BOLAÑOS, *Curia*, pte. I, § 9, núms. 7-23 (pp. 50-52); HERBELLA DE PUGA, *Derecho práctico,* pp. 1-4.

mismo, en el marco del aquí llamado juicio de residencia (como versión castellana del *sindacato* medieval) y más limitadamente de la visita (y también de la pesquisa). Ante la imposibilidad de hacerme cargo ahora de todo el conjunto de problemas que tanto el uno como la otra comportan (sumariamente tratados ya en Garriga, 2007), baste con destacar que –además de incluir una pesquisa general– ambos servían de cauce o vía, cada cual a su modo, a las querellas directamente intentadas contra los oficiales residenciados y/o visitados –cualquiera que fuese su estatus y condición– por las actuaciones realizadas en el ejercicio del oficio, encaminadas a la reparación de los agravios causados, haciendo efectivas las obligaciones contraídas por sus titulares *ex delicto* y *ex quasi–delicto* (es decir, su responsabilidad personal y patrimonial).

Permítaseme añadir solamente que, con independencia de cuál fuera su eficacia –obviamente cambiante, en general decreciente a partir del siglo XVII–, la acción combinada del juicio de residencia (que también era obligado en los territorios señoriales) y de la visita (que también los jueces ordinarios debían girar a sus distri[106]tos) hacía que, antes o después, todos los oficiales públicos (o poco menos) quedaran públicamente expuestos a la acción de los querellosos.

V. DINÁMICA ESTATAL Y *ADMINISTRATIVIZACIÓN* DE LA MONARQUÍA: POSIBILIDADES Y LÍMITES.

El cuadro y la dinámica institucional hasta aquí dibujados se mantuvo hasta la crisis de la Monarquía abierta por los sucesos de 1808, pero no permaneció intacto. Al desgaste que puede fácilmente suponerse, y que es evidente en el caso de dispositivos como el juicio de residencia y la visita, hay que sumar los cambios introducidos desde comienzos del siglo XVIII por el así llamado *reformismo borbónico.* A mi juicio, la novedad más aparente que aportó este siglo de culminaciones queda mejor expresada cuando se habla de *monarquía administrativa* (en cuanto que orientada al ejercicio del poder sin atenerse a los requerimientos procesales de la *iurisdictio*) o de *dinámica estatal*, entendida como la progresiva *absolutización* del poder real en su sentido más propio: la liberación de los límites que subordinaban el poder político al orden jurídico y asignaban al derecho una función literalmente constitucional. En el plano institucional esta estrategia –que se dice también *patrimonialista*, en la medida que sometida más a la voluntad imperativa del rey que al derecho– dio lugar a una cierta *administrativización* del aparato, que opera como excepción al tradicional modelo judicial de gobierno para favorecer una intervención más directa sobre el territorio y sus gentes, tuvo una fortísima impronta militar y se desenvolvió en medio de incesantes conflictos jurisdiccionales. Todas o las más importantes medidas pasaron, en este sentido, por "instrumentar" la figura del rey, que era la única persona facultada para moverse con libertad en el seno del ordenamiento, multiplicando su capacidad de actuación mediante unos Secretarios, los Secretarios de Estado y del Despacho, facultados para hablar con su voz –la voz del rey– y rodeando o interviniendo los aparatos tradicionales, para potenciar el despliegue de las funciones *activas* que ahora se predican del poder político en los ámbitos de la eco[107]nomía y la policía, es decir, para el *gobierno político y económico* del reino.

Sobre esta base, y reducida a su última expresión, la dinámica reformista aparece como un juego de *acción–reacción*, que ha sido recubierto historiográficamente con distintos nombres más o menos expresivos (como presión–malestar, etc.), pero ciertamente insustanciales para valorar la entidad y el alcance de los cambios institucionales. Si para esto situamos la *acción,* como es debido, no en el plano elevado

de los *proyectos reformistas* sino a ras de los medios institucionales, creo que todos o los más importantes de los desplegados pueden reconducirse a tres líneas.

(i) La restauración de la justicia, que contra la primera apariencia es una línea constante y sostenida. Por volver sobre el caso americano, que además escenifica bien el enfrentamiento entre los dos elementos –togado y militar, en buena medida identificables ahora como tradicional y renovado– que como nunca antes convivían en el seno del aparato institucional, es muy ilustrativo de cuanto digo la insistencia en el mantenimiento de las apelaciones de los autos de gobierno dictados por el virrey o gobernador y capitán general en sus términos tradicionales, con todo lo que eso significaba.

(ii) Diversificación de la representación corporativa y multiplicación de las jurisdicciones especiales, que es a fin de cuentas una forma (tradicional) de legitimar la singularidad y erigir nuevos sujetos políticos que, fungiendo como interlocutores válidos para afrontar las nuevas exigencias (sobre todo fiscales), facilitan el desarrollo de formas convencionales de ejercicio del poder.

(iii) La *administrativización* del gobierno tanto en la Corte como en el plano territorial, que es donde se registran los cambios más significativos. La incapacidad de los medios institucionales tradicionales para gestionar los novedosos designios *gubernativos* del poder real llevó a construir a su lado nuevos instrumentos, lo que en aquella constitución tradicional no podía llegar por vía de refundación, ni menos eliminación de las viejas estructuras, sino [108] mediante la reducción de su perímetro para dejar espacio a otras instancias de poder más adecuadas a los nuevos fines. No hace falta insistir tampoco en esto. Si algo caracteriza al reformismo borbónico es su carácter agregativo o acumulativo del *nuevo* sobre el *viejo* aparato, que exagerando un poco los términos vienen a representar las posibilidades y los límites de la política reformista, y se dio antes o después en todos los niveles, a empezar por la Corte e incluidas las Audiencias y Chancillerías, todas las cuales terminaron aquí, como en América, presididas por los capitanes generales del respectivo distrito, donde también proliferaron los gobiernos políticos y militares (que en realidad eran gobiernos políticos servidos por militares). Que esto favorecía el establecimiento de una estructura jerarquizada y el desarrollo de una nueva lógica administrativa, que al tiempo que rebajaba lo controles jurisdiccionales acentuaba los gubernativos, es evidente, como demostró Josep Mª Gay para Cataluña. Como escribí una vez, y simplificando muchísimo las cosas, podría decirse que al cabo el *reformismo* consistió en reducir el espacio materialmente ocupado por la justicia e inevitablemente mediatizado por sus aparatos, para construir, sobre la base “competencial” de este modo “liberada” y cada vez más acrecida con nuevos cometidos, otro aparato, cuyo eje habría de ser el intendente, se componía en su mayoría de militares (no letrados) y estaba capacitado para gobernar con criterios distintos de los tradicionales, que además de lo dicho facilitaban el gobierno por compromiso, el consenso con los intereses locales.

Naturalmente, en la medida que tenía lugar así, mediante la *manipulación* de la tradición para abrir espacios sobre los que proyectar la nueva actuación gubernativa, una cierta redistribución del poder que afectaba al estatus de los sujetos políticos, el despliegue del reformismo fue intensamente conflictivo y generó *reacciones* adversas que –aparte, mas sin olvidar, las que se mueven en los márgenes del orden– discurrieron por los cauces institucionales establecidos: a) conflictos de jurisdicción, que si fueron objeto de intensa atención normativa en el último tercio del siglo XVIII no fue por casualidad, sino para tratar de encauzar una práctica desbordante (Martínez Pérez, 2007); b) recursos, y [109] en particular apelaciones extrajudiciales (mediante los cuales

–resumo– los actos de gobierno devienen contenciosos y quedan sometidos a tratamiento judicial por las magistraturas tradicionales), con la cadena de disposiciones normativas que unos y otros arrastraban.

Desde luego, no hubo cambios globales en este terreno. Si los testimonios disponibles, que ya han sido aquí utilizados (Elizondo, Escolano, Martínez Salazar, Herbella de Puga), demuestran la vitalidad de la *simple querella* para amparar mediante provisiones ordinarias los derechos radicados en el orden, el ámbito de las apelaciones extrajudiciales intentó restringirse, según creo, por dos vías principales. De una parte, imponiendo la ejecutividad de ciertos actos de gobierno sin embargo de la apelación, al declarar *ex lege* enervado su eventual efecto suspensivo[80]. Y de otra parte, con la *prolongación* del momento gubernativo (en la línea marcada por la Pragmática de 1502), para evitar que las providencias de esta naturaleza relativas a los ámbitos políticamente más sensibles pudieran mutar fácilmente a contenciosas, pero sin llegar a bloquearlos, esto es, a declararlos mediante un acto de voluntad imperativa intrínsecamente gubernativos y por tanto insusceptibles de pasar a contenciosos. Por el carácter emblemático que adquirió la reforma de las haciendas locales a partir de 1760, es muy ilustrativo de las posibilidades y los límites del reformismo el prolongado conflicto que enfrentó a la Secretaría de Hacienda y el Consejo de Castilla por el conocimiento de los asuntos contenciosos relativos a Propios y Arbitrios, muy bien estudiado por Carmen García (1996: 210-219). En cualquier caso, como a propósito de la *jurisdicción gubernativa* subrayada todavía Dou y Bassols, conforme a sus disposiciones específicas: "el conocimiento de los propios y arbitrios debe ser gubernativo, quan[110]do solo medie el interés comun", pero "desde el punto, que se atraviese interés de particular puede la cosa pasar á jurisdiccion contenciosa"[81].

Comoquiera que sea, pues, todas las medidas adoptadas cabían en el marco del orden tradicional y ninguna de ellas rompía con sus principios informadores, lo que para el caso significa que, aunque más y mejor distinguibles, la justicia y el gobierno se mantuvieron tan inseparables como siempre. Valga como prueba que todavía en 1806, al calor de uno de los múltiples conflictos suscitados entre el virrey y la Audiencia novohispana, el régimen tradicional de las apelaciones extrajudiciales, que impedía la enucleación del gobierno –esto es, la gestión de los asuntos gubernativos al margen de criterios jurisdiccionales–, fue reafirmado en su integridad (Garriga, 2006: 107-108).

En fin, todo esto es el llamado "reformismo borbónico": un conjunto de sumandos difícilmente reconducibles a unidad (cuando no contradictorios). Lejos de responder a ninguna suerte de plan omnicomprensivo de actuación, cada una de las medidas adoptadas en las últimas décadas del siglo XVIII parece más bien obedecer a su propia lógica –a su *campo*– y sólo mediante una práctica intensamente conflictual lograban mal que bien conciliarse. Como dejó establecido Hinrichs para el caso francés, que es el caso por antonomasia, la lógica de la *dinámica estatal* se resuelve en un "conflicto político interno al sistema", que se hacía cotidianamente visible en la multitud de los que concretamente enfrentaban a las viejas magistraturas (encastilladas en sus procedimientos judiciales) con las nuevas autoridades (armadas de unas más expeditivas potestades económicas), yo diría que a la postre, en el terreno corto del día a

[80] Por decreto de 12.V.1743, "está generalmente mandado, que en las condenaciones de multas no se admita ningun recurso sino haciendo primero el depósito de ellas" (*Autos Acordados* [=*Tomo Tercero de Autos Acordados* […], Madrid, Imprenta de Juan Antonio Pimentel, 1745; ed. facs.: Valladolid, Lex Nova, 1982] 8.26.2), por decirlo con las palabras de DOU, *Instituciones,* lib. III, tít. II, cap. XI, sec. III, art. III, § 50 (VI, p. 348).

[81] DOU, *Instituciones*, lib. I, tít. VIIII, cap. VIIII, sec. IIII (II, pp. 48-49).

día, con ventaja para las primeras. Un conflicto que, evidenciando una suerte de *fragmentación* de la voluntad del rey, había de ser en último término resuelto por decisión suya. Comoquiera que ambas resultaban igualmente expresivas de la voluntad del monarca, como fuente de legitimidad única de las decisiones adop[111]tadas en su nombre, era éste quien debía proceder en cada caso a la *asignación del predominio* a uno u otro aparato.

Por esta vía y caso a caso se estaba desmantelando el aparato tradicional u ordinario de la Monarquía, que fungía de barrera al ejercicio despótico del poder; o sea: cedía la contención jurisdiccional de la potestad soberana, facilitando un gobierno más directo –o administrativo– del territorio y de sus gentes. Nunca antes estuvo esto tan claro como en tiempos de Carlos IV, cuando la Monarquía optó por asignar el predominio *casi* constantemente al elemento militar del entramado institucional, en una espiral cuyos efectos se vieron además acentuados por la degeneración despótica que Godoy impuso como estilo de gobierno, llevando hasta sus últimas consecuencias la línea más *excepcionalista* que cabía dentro del orden tradicional.

ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA

Para el marco general y los fundamentos de este capítulo remito de una vez, con el fin de evitar innecesarias reiteraciones, a la orientación bibliográfica del anterior, que debe aquí complementarse con algún trabajo especialmente dedicado a la problemática histórica de la jurisdicción contencioso administrativa y sus equivalentes *jurisdiccionalistas*, muy singularmente Mannori (1998). Sobre el significado y la trascendencia del muy francés principio citado al comienzo, Chevallier (1970). Soleil (2006) proporciona un completo estado de la cuestión, para mi gusto demasiadamente *continuista*, sobre la extensa y rica historiografía francesa. Entre nosotros, los únicos trabajos que de manera monográfica, aunque parcial, tanto temática como cronológicamente, abordan los principales asuntos tratados en este capítulo se deben a Gallego Anabitarte (1971) y a Villapalos (1976), que deben tomarse, a mi juicio, con mucha cautela por su orientación "presentista" (o "anticipatoria"). En estas condiciones, el grueso del capítulo está construido, como ha podido observarse, directamente sobre las fuentes, especialmente jurisprudencia[112]les, a partir de algunos estudios parciales míos ya publicados o en curso de elaboración.

El planteamiento inicial es deudor, especialmente, de Mannori (1990), Clavero (1995), Mannori−Sordi (2001) y Garriga (2004b) y (2007). Sobre la dinámica de la dicotomía justicia−gobierno, que arranca de Garriga (2002b), tienen interés las aportaciones de De Dios (1982), Arrieta (1996) y Clavero (2006). Para los fundamentales desarrollos canónicos, puede partirse del estudio seminal y siempre sugerente de Morel (1955) y seguir con algunos otros dedicados a la apelación extrajudicial, cuyos orígenes fueron definitivamente esclarecidos por Schmitz (1970) y son la base de algunos trabajos posteriores más generales y especialmente útiles: Gordon (1972) (1984), Lefebvre (1974), Padoa Schioppa (1992). Tanto esto como la información sobre la Castilla bajomedieval procede de mi estudio sobre la *ley del estilo* 135 (Garriga, 2009; publicado en 2010), en el marco trazado por Garriga (1991, 1994). La exposición sobre la simple querella y las provisiones ordinarias arranca de Garriga (2004), de donde también procede, esta vez al completo, la información sobre el caso americano (las apelaciones de los autos de gobierno de los virreyes), que cuenta con una nutrida y muy desigual bibliografía, de entre la que merece destacarse Barrientos (1990-1991). Sobre los recursos de fuerza, Bouzada (2001); y sobre la retención de gracias, De Dios (1993). Acerca de la apelación extrajudicial, aparte las confusas referencias de Villapalos (1976), no hay para Castilla más que las que pueden espigarse en Aikin (1982). Para el reino de Aragón, en cambio, ofrece un buen tratamiento Arrieta (1994). Más amplia es la bibliografía acerca del juicio de residencia y la visita, aquí apenas considerados: sobre el primero, como versión medieval del *sindacato* (Nicolini, 1955), remito al último estudio de González Alonso (2000), donde se hallará la bibliografía anterior; para la segunda, con igual advertencia, a Garriga (2007b); y acerca de las similitudes y diferencias entre ambas, a Garriga (1997). Por último, he expuesto mi punto de vista acerca del "reformismo borbónico" básicamente [113] en Garriga (1997b) (1998) (2002) (2006), de donde arrancan las sucintas consideraciones que hago en este capítulo, para el cual me parecen fundamentales monografías como las de García (1996) y Gay Escoda (1997), convencido como estoy de que sólo mediante el estudio documental y particular de la práctica institucional podrá avanzarse en el conocimiento del alcance efectivo que tuvieron las reformas, es decir, de la mutación que por efecto de los cambios experimentó el orden tradicional.

BIBLIOGRAFÍA

AIKIN ARALUCE, Susana (1982): *El recurso de apelación en el derecho castellano*, Madrid, Reus.

ARRIETA ALBERDI, Jon (1994): *El Consejo Supremo de Aragón (1494-1707)*, Zaragoza, Institución "Fernando el Católico".

ARRIETA ALBERDI, Jon (1996): "Justicia, gobierno y legalidad en la Corona de Aragón del siglo XVII", *Estudis*, 22, pp. 217-248.

BARRIENTOS GRANDÓN, Javier (1990-1991): "La apelación en materia de gobierno y su aplicación en la Real Audiencia de Chile (S. XVII, XVIII, XIX)", *Revista Chilena de Historia del Derecho,* 16, pp. 343-382.

BOUZADA GIL, María Teresa (2001): *La vía de fuerza. La Práctica en la Real Audiencia del Reino de Galicia (siglos XVII-XVIII)*, Santiago de Compostela, Xunta de Galicia.

CHEVALLIER, Jacques (1970): *L'Élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris, L.G.D.J.

CLAVERO, Bartolomé (1995): "Tutela administrativa o diálogos con Tocqueville (A propósito de 'Une et indivisible' de Mannoni, 'Sovrano tutore' de Mannori, y un curso mío)", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno,* 24, pp. 419-468.

CLAVERO, Bartolomé (2006): "Justicia y Gobierno, Economía y Gracia", en *Real Chancillería de Granada. V Centenario 1505-2005,* Granada, Junta de Andalucía – Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, pp. 121-147.

DE DIOS, Salustiano (1982)*: El Consejo Real de Castilla (1385-1522),* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

DE DIOS, Salustiano (1993)*: Gracia, merced y patronazgo real. La Cámara de Castilla entre 1474 y 1530*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo (1971): *Administración y jueces, gubernativo y contencioso: reflexiones sobre el Antiguo Régimen y el Estado constitucional, y los fundamentos del Derecho Administrativo español,* Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local.

GARCÍA GARCÍA, Carmen (1996): *La crisis de las haciendas locales. De la reforma administrativa a la reforma fiscal (1743-1845)*, Valladolid, Junta de Castilla y León.

GARRIGA, Carlos (1991): "Control y disciplina de los oficiales públicos en Castilla: la *visita* del Ordenamiento de Toledo (1480)", *Anuario de Historia del Derecho Español*, 61, pp. 215-390.

GARRIGA, Carlos (1994): *La Audiencia y las Chancillerías castellanas (1371-1525). Historia política, régimen jurídico y práctica institucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

GARRIGA, Carlos (1997): "La expansión de la visita castellana a Indias: presupuestos, alcance y significado", en *XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*. […] *Actas y estudios,* Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho III, pp. 51-79.

GARRIGA, Carlos (1997b) "Despotismo ilustrado y desorden social: la restauración de la Nueva Planta de la Audiencia de Cataluña (1775)", *Initium. Revista Catalana d'Història del Dret,* 2, pp. 485-516.

GARRIGA, Carlos (1998): "El Corregidor en Cataluña. (Una lectura de la obra de Josep M. Gay Escoda)", *Initium. Revista Catalana d'Història del Dret,* 3, pp. 531-583.

GARRIGA, Carlos (2002): "Los límites del *reformismo borbónico*: a propósito de la administración de la justicia en Indias", en Feliciano Barrios Pintado, coord., *Derecho y Administración Pública en las Indias hispánicas. Actas del XII Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Universidad de Castilla–La Mancha, I, pp. 781-821.

GARRIGA, Carlos (2002b) "Gobierno", en Javier Fernández Sebastián y Juan Francisco Fuentes, eds., *Diccionario político y social del siglo XIX español*, Madrid, Alianza Editorial, pp. 319-335.

GARRIGA, Carlos (2004): "Las Audiencias: la justicia y el gobierno de las Indias", en Feliciano Barrios Pintado, coord., *El Gobierno de un Mundo: Virreinatos y Audiencias en la América Hispánica*, Universidad de Castilla–La Mancha, pp. 711-794.

GARRIGA, Carlos (2004b): "Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen", *Istor. Revista de historia internacional*, 16, pp. 13-44; recogido en Carlos Garriga y Marta Lorente, con Epílogo de Bartolomé Clavero, *Cádiz, 1812. La Constitución jurisdiccional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 43-72.

GARRIGA, Carlos (2006): "Patrias criollas, plazas militares: sobre la América de Carlos IV", en Eduardo Martiré, coord., *La América de Carlos IV* (=*Cuadernos de Investigaciones y Documentos*, I), Buenos Aires, In[stituto de Investigaciones de] Hi[storia del] De[recho], pp. 35-130.

GARRIGA, Carlos (2007): "*Justicia animada.* Dispositivos de la justicia en la Monarquía católica", en Marta Lorente, coord., *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870,* Madrid, Consejo General del Poder Judicial, pp. 59-104.

GARRIGA, Carlos (2007b): Estudio preliminar y edición facsimilar de la *Recopilación de las Ordenanzas de la Real Audiencia y Chancillería de Valladolid*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial – Tribunal Supremo.

GARRIGA, Carlos (2009): "La *ley del estilo* 135: sobre la construcción de la *mayoría de justicia* en Castilla", *Initium. Revista Catalana d'Història del Dret,* 15 (2010), pp. 315-406.

GAY ESCODA, Josep Maria (1997): *El Corregidor a Catalunya,* Madrid, Marcial Pons – Seminario de Historia del Derecho de Barcelona.

GONZÁLEZ ALONSO, Benjamín (2000): "Los procedimientos de control y exigencia de responsabilidad de los oficiales regios en el Antiguo Régimen (Corona de Castilla, siglos XIII-XVIII)", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid,* 4, pp. 249-271.

GORDON, Ignacio (1972): "De iustitia administrativa ecclesiastica tum transacto tempore tum hodierno", *Periodica. De re morali canonica liturgica,* 61-I, pp. 251-378.

GORDON, Ignacio (1984): "Origine e sviluppo della giustizia amministrativa nella Chiesa", en *De iustitia administrativa in Ecclesia – La giustizia amministrativa nella Chiesa* (=*Studia et documenta iuris canonici* XI), pp. 1-18.

GORLA, Gino (1982): "*Iura naturalia sunt inmutabilia*. I limiti del potere del *principe* nella dottrina e nella giurisprudenza forense fra i secoli XVI e XVIII", en *Diritto e potere nella storia europea*. Atti in onore di B. Paradisi (=Quarto Congresso internazionale della Società italiana di Storia del Diritto), Firenze, II, pp. 629-684.

HESPANHA, António Manuel (1989): *Vísperas del Leviatán. Instituciones y poder político (Portugal, siglo XVII)*, Madrid, Taurus.

LEFEBVRE, Charles (1974): "De recursibus administrativis in iure canonico. Lineamenta historica", *Monitor Ecclesiaticus,* 99–I, pp. 197-222.

MANNORI, Luca (1990): "Per una preistoria della funzione amministrativa. Cultura giuridica e attività dei pubblici apparati nell'età del tardo diritto comune", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno,* 19, pp. 323-504.

MANNORI, Luca (1998): "Centralisation et fonction publique dans la pensée juridique de l'Ancien Régime: justice, police et administration", en Michel Pertué, ed., *L'administration territoriale de la France (1750-1940),* Orléans, Presses Universitaires d'Orléans, pp. 247-257.

MANNORI, Luca (2007): "Justicia y Administración entre Antiguo y Nuevo Régimen", *Revista Jurídica de la Univerdidad Autónoma de Madrid*, 15, pp. 125-146.

MANNORI, Luca y SORDI, Bernardo (2001): *Storia del diritto ammninistrativo*, Roma–Bari, Laterza.

MARTÍNEZ PÉREZ, Fernando (2007): "Estrépito de Tribunales. Competencias de jurisdicción en la América de Carlos IV", en Eduardo Martiré, coord., *La América de Carlos IV* (=*Cuadernos de Investigaciones y Documentos*, III), Buenos Aires, INHIDE, pp. 11-96.

MOREL, Henri (1955): "Le recours au roi dans les pays du Sud–Ouest de la mouvance aux XIIIe et XIVe siècles. L'appel *a gravamine* et la simple querelle et leurs origines romano–canoniques", *Annales de la Faculté de Droit de Toulouse*, 3, pp. 3-101.

MURO ROMERO, Fernando (1975): *Las Presidencias–Gobernaciones en Indias (Siglo XVI)*, Sevilla, Escuela de Estudios Hispano–Americanos.

NICOLINI, Ugo (1955): *Il principio di legalità nelle democrazie italiane. Legislazione e dottrina politico-giuridica dell'età comunale,* Padova, CEDAM.

PADOA SCHIOPPA, Antonio (1992): "I limiti all'appello nelle decretali di Alessandro III", en Stanley Chodorow, ed., *Proceedings of the Eighth International Congress of Medieval Canon Law* (=Monumenta Iuris Canonici. Series C: Subsidia, 9), Roma, Biblioteca Apostolica Vaticana, pp. 387-406

SCHMITZ, Heribert (1970), *Appellatio extraiudicialis. Entwicklungslinien einer kirchlichen Gerichtsbarkeit über die Verwaltung im Zeitalter der klassischen Kanonistik (1140-1348)*, München, Max Hueber.

SOLEIL, Sylvain (2006): "Administration, justice, justice administrative avant 1789. Retour sur trente ans de recherches", en Grégoire Bigot y Marc Bouvet, dirs., *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, Paris, Litec, pp. 3-30.

VILLAPALOS, Gustavo (1976): *Los recursos contra los actos de gobierno en la Baja Edad Media. Su evolución histórica en el reino castellano (1252-1504),* Madrid, Instituto de Estudios Administrativos.